kalinovsky-k.narod.ru/

А.В. Смирнов
К.Б. Калиновский

КОММЕНТАРИЙ К УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМУ КОДЕКСУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Под общей редакцией профессора А.В. Смирнова

Третье издание, переработанное и дополненное

КноРус
МОСКВА
2007

УДК 343.1(470+571)
ББК 67.411(2Рос)
С50

Авторы комментария:
А.В. Смирнов, проф. юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, д-р юр. наук — общая редакция, введение, гл. 1—11, 15, 16, 18, 33—35; в соавторстве — гл. 17, комм. к ст. 128, гл. 25, 26,
К.Б. Калиновский, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российской академии правосудия, канд. юр. наук, доц. — гл. 12—14, 17, 19—32; в соавторстве — гл. 17, комм. к ст. 128, гл. 25, 26

Смирнов А.В.
С50 Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский под общ. ред. А.В. Смирнова. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : КНОРУС, 2007. — 992 с.

ISBN 978-5-85971-720-0

Настоящее издание предлагает читателям текст УПК РФ с постатейными комментариями с учетом изменений и дополнений по состоянию на 1 марта 2007 г.

Особенностью Комментария является то, что он не сводится лишь к пересказу научным языком законодательного материала, но преследует иную, более актуальную цель — выявить основные пробелы, коллизии и неясные положения, имеющиеся в уголовно-процессуальном законе и представляющие особую трудность при его практическом применении. Авторы комментария предлагают решения сложных юридических проблем, не нашедших прямого ответа в тексте УПК. При этом они руководствуются положениями российского законодательства, международно-правовыми нормами, теорией уголовного судопроизводства, решениями Конституционного Суда РФ и Европейского Суда по правам человека, обобщениями судебной и следственной практики, наработанной с момента введения в действие УПК РФ, а также собственным опытом участия в судебных процессах.

Для судей, прокуроров, следователей, дознавателей, адвокатов, а также преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

УДК 343.1(470+571)
ББК 67.411(2Рос)

© Смирнов А.В., Калиновский К.Б., 2007
© КНОРУС, 2007

ISBN 978-5-85971-720-0

ОГЛАВЛЕНИЕ

Список принятых сокращений ... 16
Предисловие ... 17

Часть первая

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Раздел I. ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. Уголовно-процессуальное законодательство ... 28
Статья 1. Законы, определяющие порядок уголовного судопроизводства ... 28
Статья 2. Действие уголовно-процессуального закона в пространстве ... 38
Статья 3. Действие уголовно-процессуального закона в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства ... 40
Статья 4. Действие уголовно-процессуального закона во времени ... 50
Статья 5. Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе ... 51

Глава 2. Принципы уголовного судопроизводства ... 73
Статья 6. Назначение уголовного судопроизводства ... 73
Статья 7. Законность при производстве по уголовному делу ... 74
Статья 8. Осуществление правосудия только судом ... 76
Статья 9. Уважение чести и достоинства личности ... 78
Статья 10. Неприкосновенность личности ... 80
Статья 11. Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве ... 83
Статья 12. Неприкосновенность жилища ... 86
Статья 13. Тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений ... 88
Статья 14. Презумпция невиновности ... 89
Статья 15. Состязательность сторон ... 91
Статья 16. Обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту ... 94
Статья 17. Свобода оценки доказательств ... 95
Статья 18. Язык уголовного судопроизводства ... 97
Статья 19. Право на обжалование процессуальных действий и решений ... 98

Глава 3. Уголовное преследование ... 99
Статья 20. Виды уголовного преследования ... 99
Статья 21. Обязанность осуществления уголовного преследования ... 101
Статья 22. Право потерпевшего на участие в уголовном преследовании ... 103
Статья 23. Привлечение к уголовному преследованию по заявлению коммерческой или иной организации ... 104

Глава 4. Основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования ... 105
Статья 24. Основания отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела ... 105
Статья 25. Прекращение уголовного дела в связи с примирением сторон ... 109
Статья 26. Прекращение уголовного дела в связи с изменением обстановки *(утратила силу на основании ФЗ от 08.12.2003 № 161-ФЗ)* ... 111
Статья 27. Основания прекращения уголовного преследования ... 111
Статья 28 Прекращение уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием ... 114

Раздел II. УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Глава 5. Суд ... 117
Статья 29. Полномочия суда ... 117
Статья 30. Состав суда ... 119
Статья 31. Подсудность уголовных дел ... 121
Статья 32. Территориальная подсудность уголовного дела ... 127
Статья 33. Определение подсудности при соединении уголовных дел ... 128
Статья 34. Передача уголовного дела по подсудности ... 128
Статья 35. Изменение территориальной подсудности уголовного дела ... 130
Статья 36. Недопустимость споров о подсудности ... 132

Глава 6. Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения ... 132
Статья 37. Прокурор ... 132
Статья 38. Следователь ... 137
Статья 39. Начальник следственного отдела ... 141
Статья 40. Орган дознания ... 144
Статья 41. Дознаватель ... 148
Статья 42. Потерпевший ... 150
Статья 43. Частный обвинитель ... 157
Статья 44. Гражданский истец ... 158
Статья 45. Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя ... 164

Глава 7. Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты ... 166
Статья 46. Подозреваемый ... 166
Статья 47. Обвиняемый ... 169
Статья 48. Законные представители несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого ... 174
Статья 49. Защитник ... 175
Статья 50. Приглашение, назначение и замена защитника, оплата его труда ... 178
Статья 51. Обязательное участие защитника ... 183
Статья 52. Отказ от защитника ... 185
Статья 53. Полномочия защитника ... 187
Статья 54. Гражданский ответчик ... 191
Статья 55. Представитель гражданского ответчика ... 196

Глава 8. Иные участники уголовного судопроизводства ... 196
Статья 56. Свидетель ... 196
Статья 57. Эксперт ... 203
Статья 58. Специалист ... 206
Статья 59. Переводчик ... 208
Статья 60. Понятой ... 210

Глава 9. Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве ... 212
Статья 61. Обстоятельства, исключающие участие в производстве по уголовному делу ... 212
Статья 62. Недопустимость участия в производстве по уголовному делу лиц, подлежащих отводу ... 215
Статья 63. Недопустимость повторного участия судьи в рассмотрении уголовного дела ... 217
Статья 64. Заявление об отводе судьи ... 219
Статья 65. Порядок рассмотрения заявления об отводе судьи ... 220
Статья 66. Отвод прокурора ... 221
Статья 67. Отвод следователя или дознавателя ... 222
Статья 68. Отвод секретаря судебного заседания ... 223
Статья 69. Отвод переводчика ... 223
Статья 70. Отвод эксперта ... 224
Статья 71. Отвод специалиста ... 225
Статья 72. Обстоятельства, исключающие участие в производстве по уголовному делу защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика ... 226

Раздел III. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ

Глава 10. Доказательства в уголовном судопроизводстве ... 228
Статья 73. Обстоятельства, подлежащие доказыванию ... 228
Статья 74. Доказательства ... 232
Статья 75. Недопустимые доказательства ... 235
Статья 76. Показания подозреваемого ... 239
Статья 77. Показания обвиняемого ... 240
Статья 78. Показания потерпевшего ... 242
Статья 79. Показания свидетеля ... 243
Статья 80. Заключение и показания эксперта и специалиста ... 245
Статья 81. Вещественные доказательства ... 248
Статья 82. Хранение вещественных доказательств ... 254
Статья 83. Протоколы следственных действий и судебного заседания ... 262
Статья 84. Иные документы ... 263

Глава 11. Доказывание ... 265
Статья 85. Доказывание ... 265

Статья 86. Собирание доказательств ... 266
Статья 87. Проверка доказательств ... 270
Статья 88. Правила оценки доказательств ... 272
Статья 89. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности ... 274
Статья 90. Преюдиция ... 280

Раздел IV. МЕРЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

Глава 12. Задержание подозреваемого ... 282
Статья 91. Основания задержания подозреваемого ... 282
Статья 92. Порядок задержания подозреваемого ... 285
Статья 93. Личный обыск подозреваемого ... 288
Статья 94. Основания освобождения подозреваемого ... 289
Статья 95. Порядок содержания подозреваемых под стражей ... 291
Статья 96. Уведомление о задержании подозреваемого ... 293
Глава 13. Меры пресечения ... 294
Статья 97. Основания для избрания меры пресечения ... 294
Статья 98. Меры пресечения ... 298
Статья 99. Обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения ... 300
Статья 100. Избрание меры пресечения в отношении подозреваемого ... 300
Статья 101. Постановление и определение об избрании меры пресечения ... 303
Статья 102. Подписка о невыезде и надлежащем поведении ... 306
Статья 103. Личное поручительство ... 308
Статья 104. Наблюдение командования воинской части ... 310
Статья 105. Присмотр за несовершеннолетним подозреваемым или обвиняемым ... 311
Статья 106. Залог ... 314
Статья 107. Домашний арест ... 317
Статья 108. Заключение под стражу ... 320
Статья 109. Сроки содержания под стражей ... 332
Статья 110. Отмена или изменение меры пресечения ... 339
Глава 14. Иные меры процессуального принуждения ... 341
Статья 111. Основания применения иных мер процессуального принуждения ... 341
Статья 112. Обязательство о явке ... 343
Статья 113. Привод ... 344
Статья 114. Временное отстранение от должности ... 346
Статья 115. Наложение ареста на имущество ... 350
Статья 116. Особенности порядка наложения ареста на ценные бумаги ... 358
Статья 117. Денежное взыскание ... 361
Статья 118. Порядок наложения денежного взыскания и обращения залога в доход государства ... 363

Раздел V. ХОДАТАЙСТВА И ЖАЛОБЫ

Глава 15. Ходатайства ... 366
Статья 119. Лица, имеющие право заявить ходатайство ... 366
Статья 120. Заявление ходатайства ... 367
Статья 121. Сроки рассмотрения ходатайства ... 367
Статья 122. Разрешение ходатайства ... 368
Глава 16. Обжалование действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство ... 369
Статья 123. Право обжалования ... 369
Статья 124. Порядок рассмотрения жалобы прокурором ... 370
Статья 125. Судебный порядок рассмотрения жалоб ... 371
Статья 126. Порядок направления жалобы подозреваемого, обвиняемого, содержащегося под стражей ... 375
Статья 127. Жалоба и представление на приговор, определение, постановление суда ... 376

Раздел VI. ИНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 17. Процессуальные сроки. Процессуальные издержки ... 377
Статья 128. Исчисление срока ... 377
Статья 129. Соблюдение и продление срока ... 380
Статья 130. Восстановление пропущенного срока ... 381

Статья 131. Процессуальные издержки ... 382
Статья 132. Взыскание процессуальных издержек ... 389

Глава 18. Реабилитация ... 392
Статья 133. Основания возникновения права на реабилитацию ... 392
Статья 134. Признание права на реабилитацию ... 396
Статья 135. Возмещение имущественного вреда ... 397
Статья 136. Возмещение морального вреда ... 399
Статья 137. Обжалование решения о производстве выплат ... 400
Статья 138. Восстановление иных прав реабилитированного ... 401
Статья 139. Возмещение вреда юридическим лицам ... 402

Часть вторая
ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Раздел VII. ВОЗБУЖДЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

Глава 19. Поводы и основание для возбуждения уголовного дела ... 404
Статья 140. Поводы и основание для возбуждения уголовного дела ... 404
Статья 141. Заявление о преступлении ... 407
Статья 142. Явка с повинной ... 410
Статья 143. Рапорт об обнаружении признаков преступления ... 412
Статья 144. Порядок рассмотрения сообщения о преступлении ... 415
Статья 145. Решения, принимаемые по результатам рассмотрения сообщения о преступлении ... 422

Глава 20. Порядок возбуждения уголовного дела ... 425
Статья 146. Возбуждение уголовного дела публичного обвинения ... 425
Статья 147. Возбуждение уголовного дела частно-публичного обвинения ... 432
Статья 148. Отказ в возбуждении уголовного дела ... 433
Статья 149. Направление уголовного дела ... 436

Раздел VIII. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ

Глава 21. Общие условия предварительного расследования ... 437
Статья 150. Формы предварительного расследования ... 437
Статья 151. Подследственность ... 440
Статья 152. Место производства предварительного расследования ... 448
Статья 153. Соединение уголовных дел ... 451
Статья 154. Выделение уголовного дела ... 454
Статья 155. Выделение в отдельное производство материалов уголовного дела ... 457
Статья 156. Начало производства предварительного расследования ... 458
Статья 157. Производство неотложных следственных действий ... 459
Статья 158. Окончание предварительного расследования ... 463
Статья 158[1]. Восстановление уголовных дел ... 465
Статья 159. Обязательность рассмотрения ходатайства ... 467
Статья 160. Меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества ... 469
Статья 161. Недопустимость разглашения данных предварительного расследования ... 470

Глава 22. Предварительное следствие ... 472
Статья 162. Срок предварительного следствия ... 472
Статья 163. Производство предварительного следствия следственной группой ... 475
Статья 164. Общие правила производства следственных действий ... 478
Статья 165. Судебный порядок получения разрешения на производство следственного действия ... 481
Статья 166. Протокол следственного действия ... 484
Статья 167. Удостоверение факта отказа от подписания или невозможности подписания протокола следственного действия ... 488
Статья 168. Участие специалиста ... 489
Статья 169. Участие переводчика ... 490
Статья 170. Участие понятых ... 491

Глава 23. Привлечение в качестве обвиняемого. Предъявление обвинения ... 494
Статья 171. Порядок привлечения в качестве обвиняемого ... 494

Статья 172. Порядок предъявления обвинения ... 499
Статья 173. Допрос обвиняемого ... 502
Статья 174. Протокол допроса обвиняемого ... 504
Статья 175. Изменение и дополнение обвинения. Частичное прекращение уголовного преследования ... 505

Глава 24. Осмотр. Освидетельствование. Следственный эксперимент ... 506
Статья 176. Основания производства осмотра ... 506
Статья 177. Порядок производства осмотра ... 509
Статья 178. Осмотр трупа. Эксгумация ... 512
Статья 179. Освидетельствование ... 513
Статья 180. Протоколы осмотра и освидетельствования ... 515
Статья 181. Следственный эксперимент ... 516

Глава 25. Обыск. Выемка. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления. Контроль и запись переговоров ... 517
Статья 182. Основания и порядок производства обыска ... 517
Статья 183. Основания и порядок производства выемки ... 524
Статья 184. Личный обыск ... 527
Статья 185. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка ... 529
Статья 186. Контроль и запись переговоров ... 531

Глава 26. Допрос. Очная ставка. Опознание. Проверка показаний ... 534
Статья 187. Место и время допроса ... 534
Статья 188. Порядок вызова на допрос ... 535
Статья 189. Общие правила проведения допроса ... 536
Статья 190. Протокол допроса ... 540
Статья 191. Особенности допроса несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля ... 542
Статья 192. Очная ставка ... 543
Статья 193. Предъявление для опознания ... 545
Статья 194. Проверка показаний на месте ... 550

Глава 27. Производство судебной экспертизы ... 551
Статья 195. Порядок назначения судебной экспертизы ... 551
Статья 196. Обязательное назначение судебной экспертизы ... 557
Статья 197. Присутствие следователя при производстве судебной экспертизы ... 559
Статья 198. Права подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля при назначении и производстве судебной экспертизы ... 560
Статья 199. Порядок направления материалов уголовного дела для производства судебной экспертизы ... 563
Статья 200. Комиссионная судебная экспертиза ... 568
Статья 201. Комплексная судебная экспертиза ... 569
Статья 202. Получение образцов для сравнительного исследования ... 570
Статья 203. Помещение в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы ... 573
Статья 204. Заключение эксперта ... 576
Статья 205. Допрос эксперта ... 577
Статья 206. Предъявление заключения эксперта ... 578
Статья 207. Дополнительная и повторная судебные экспертизы ... 579

Глава 28. Приостановление и возобновление предварительного следствия ... 581
Статья 208. Основания, порядок и сроки приостановления предварительного следствия ... 581
Статья 209. Действия следователя после приостановления предварительного следствия ... 586
Статья 210. Розыск подозреваемого, обвиняемого ... 589
Статья 211.Возобновление приостановленного предварительного следствия ... 590

Глава 29. Прекращение уголовного дела ... 592
Статья 212. Основания прекращения уголовного дела и уголовного преследования ... 592
Статья 213. Постановление о прекращении уголовного дела и уголовного преследования ... 593
Статья 214. Отмена постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования ... 597

Глава 30. Направление уголовного дела с обвинительным заключением прокурору ... 599
Статья 215. Окончание предварительного следствия с обвинительным заключением ... 599
Статья 216. Ознакомление потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей с материалами уголовного дела ... 603
Статья 217. Ознакомление обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела ... 605

Статья 218. Протокол ознакомления с материалами уголовного дела ... 609
Статья 219. Разрешение ходатайства ... 610
Статья 220. Обвинительное заключение ... 611

Глава 31. Действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением ... 616
Статья 221. Решение прокурора по уголовному делу ... 616
Статья 222. Направление уголовного дела в суд ... 620

Глава 32. Дознание ... 622
Статья 223. Порядок и сроки дознания ... 622
Статья 224. Особенности избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу ... 625
Статья 225. Обвинительный акт ... 627
Статья 226. Решение прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным актом ... 630

Часть третья

СУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Раздел IX. ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

Глава 33. Общий порядок подготовки к судебному заседанию ... 634
Статья 227. Полномочия судьи по поступившему в суд уголовному делу ... 634
Статья 228. Вопросы, подлежащие выяснению по поступившему в суд уголовному делу ... 637
Статья 229. Основания проведения предварительного слушания ... 639
Статья 230. Меры по обеспечению гражданского иска и возможной конфискации имущества ... 640
Статья 231. Назначение судебного заседания ... 641
Статья 232. Вызовы в судебное заседание ... 644
Статья 233. Срок начала разбирательства в судебном заседании ... 645

Глава 34. Предварительное слушание ... 646
Статья 234. Порядок проведения предварительного слушания ... 646
Статья 235. Ходатайство об исключении доказательства ... 649
Статья 236. Виды решений, принимаемых судьей на предварительном слушании ... 652
Статья 237. Возвращение уголовного дела прокурору ... 654
Статья 238. Приостановление производства по уголовному делу ... 661
Статья 239. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования ... 663

Глава 35. Общие условия судебного разбирательства ... 665
Статья 240. Непосредственность и устность ... 665
Статья 241. Гласность ... 668
Статья 242. Неизменность состава суда ... 671
Статья 243. Председательствующий ... 671
Статья 244. Равенство прав сторон ... 674
Статья 245. Секретарь судебного заседания ... 675
Статья 246. Участие обвинителя ... 676
Статья 247. Участие подсудимого ... 679
Статья 248. Участие защитника ... 683
Статья 249. Участие потерпевшего ... 684
Статья 250. Участие гражданского истца или гражданского ответчика ... 685
Статья 251. Участие специалиста ... 686
Статья 252. Пределы судебного разбирательства ... 686
Статья 253. Отложение и приостановление судебного разбирательства ... 689
Статья 254. Прекращение уголовного дела в судебном заседании ... 691
Статья 255. Решение вопроса о мере пресечения ... 692
Статья 256. Порядок вынесения определения, постановления ... 695
Статья 257. Регламент судебного заседания ... 695
Статья 258. Меры воздействия за нарушение порядка в судебном заседании ... 697
Статья 259. Протокол судебного заседания ... 698
Статья 260. Замечания на протокол судебного заседания ... 702

Глава 36. Подготовительная часть судебного заседания ... 703
Статья 261. Открытие судебного заседания ... 703
Статья 262. Проверка явки в суд ... 704

Статья 263. Разъяснение переводчику его прав ... 704
Статья 264. Удаление свидетелей из зала судебного заседания ... 705
Статья 265. Установление личности подсудимого и своевременности вручения ему копии обвинительного заключения или обвинительного акта ... 706
Статья 266. Объявление состава суда, других участников судебного разбирательства и разъяснение им права отвода ... 707
Статья 267. Разъяснение подсудимому его прав ... 708
Статья 268. Разъяснение потерпевшему, гражданскому истцу и гражданскому ответчику их прав ... 708
Статья 269. Разъяснение эксперту его прав ... 708
Статья 270. Разъяснение специалисту его прав ... 709
Статья 271. Заявление и разрешение ходатайств ... 709
Статья 272. Разрешение вопроса о возможности рассмотрения уголовного дела в отсутствие кого-либо из участников уголовного судопроизводства ... 710

Глава 37. Судебное следствие ... 711
Статья 273. Начало судебного следствия ... 711
Статья 274. Порядок исследования доказательств ... 713
Статья 275. Допрос подсудимого ... 714
Статья 276. Оглашение показаний подсудимого ... 717
Статья 277. Допрос потерпевшего ... 718
Статья 278. Допрос свидетелей ... 719
Статья 279. Использование потерпевшим и свидетелем письменных заметок и документов ... 721
Статья 280. Особенности допроса несовершеннолетнего потерпевшего и свидетеля ... 722
Статья 281. Оглашение показаний потерпевшего и свидетеля ... 724
Статья 282. Допрос эксперта ... 728
Статья 283. Производство судебной экспертизы ... 728
Статья 284. Осмотр вещественных доказательств ... 729
Статья 285. Оглашение протоколов следственных действий и иных документов ... 730
Статья 286. Приобщение к материалам уголовного дела документов, представленных суду ... 731
Статья 287. Осмотр местности и помещения ... 731
Статья 288. Следственный эксперимент ... 732
Статья 289. Предъявление для опознания ... 732
Статья 290. Освидетельствование ... 733
Статья 291. Окончание судебного следствия ... 733

Глава 38. Прения сторон и последнее слово подсудимого ... 734
Статья 292. Содержание и порядок прений сторон ... 734
Статья 293. Последнее слово подсудимого ... 736
Статья 294. Возобновление судебного следствия ... 737
Статья 295. Удаление суда в совещательную комнату для постановления приговора ... 737

Глава 39. Постановление приговора ... 738
Статья 296. Постановление приговора именем Российской Федерации ... 738
Статья 297. Законность, обоснованность и справедливость приговора ... 738
Статья 298. Тайна совещания судей ... 740
Статья 299. Вопросы, разрешаемые судом при постановлении приговора ... 741
Статья 300. Решение вопроса о вменяемости подсудимого ... 744
Статья 301. Порядок совещания судей при коллегиальном рассмотрении уголовного дела ... 745
Статья 302. Виды приговоров ... 746
Статья 303. Составление приговора ... 748
Статья 304. Вводная часть приговора ... 749
Статья 305. Описательно-мотивировочная часть оправдательного приговора ... 750
Статья 306. Резолютивная часть оправдательного приговора ... 751
Статья 307. Описательно-мотивировочная часть обвинительного приговора ... 753
Статья 308. Резолютивная часть обвинительного приговора ... 758
Статья 309. Иные вопросы, подлежащие решению в резолютивной части приговора ... 759
Статья 310. Провозглашение приговора ... 760
Статья 311.Освобождение подсудимого из-под стражи ... 761
Статья 312. Вручение копии приговора ... 762
Статья 313. Вопросы, решаемые судом одновременно с постановлением приговора ... 762

Раздел X. ОСОБЫЙ ПОРЯДОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Глава 40. Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением ... 764
Статья 314. Основания применения особого порядка принятия судебного решения ... 764
Статья 315. Порядок заявления ходатайства ... 766
Статья 316. Порядок проведения судебного заседания и постановления приговора ... 768
Статья 317. Пределы обжалования приговора ... 771

Раздел XI. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА У МИРОВОГО СУДЬИ

Глава 41. Производство по уголовным делам, подсудным мировому судье ... 773
Статья 318. Возбуждение уголовного дела частного обвинения ... 773
Статья 319. Полномочия мирового судьи по уголовному делу частного обвинения ... 774
Статья 320. Полномочия мирового судьи по уголовному делу с обвинительным актом ... 776
Статья 321. Рассмотрение уголовного дела в судебном заседании ... 777
Статья 322. Приговор мирового судьи ... 778
Статья 323. Обжалование приговора и постановления мирового судьи ... 778

Раздел XII. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА В СУДЕ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Глава 42. Производство по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей ... 779
Статья 324. Порядок производства в суде с участием присяжных заседателей ... 779
Статья 325. Особенности проведения предварительного слушания ... 780
Статья 326. Составление предварительного списка присяжных заседателей ... 781
Статья 327. Подготовительная часть судебного заседания ... 784
Статья 328. Формирование коллегии присяжных заседателей ... 787
Статья 329. Замена присяжного заседателя запасным ... 791
Статья 330. Роспуск коллегии присяжных заседателей ввиду тенденциозности ее состава ... 792
Статья 331. Старшина присяжных заседателей ... 793
Статья 332. Принятие присяжными заседателями присяги ... 794
Статья 333. Права присяжных заседателей ... 795
Статья 334. Полномочия судьи и присяжных заседателей ... 798
Статья 335. Особенности судебного следствия в суде с участием присяжных заседателей ... 798
Статья 336. Прения сторон ... 800
Статья 337. Реплики сторон и последнее слово подсудимого ... 801
Статья 338. Постановка вопросов, подлежащих разрешению присяжными заседателями ... 801
Статья 339. Содержание вопросов присяжным заседателям ... 803
Статья 340. Напутственное слово председательствующего ... 806
Статья 341. Тайна совещания присяжных заседателей ... 809
Статья 342. Порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате ... 809
Статья 343. Вынесение вердикта ... 810
Статья 344. Дополнительные разъяснения председательствующего. Уточнение поставленных вопросов. Возобновление судебного следствия ... 812
Статья 345. Провозглашение вердикта ... 813
Статья 346. Действия председательствующего после провозглашения вердикта ... 813
Статья 347. Обсуждение последствий вердикта ... 814
Статья 348. Обязательность вердикта ... 815
Статья 349. Правовые последствия признания подсудимого заслуживающим снисхождения ... 816
Статья 350. Виды решений, принимаемых председательствующим ... 817
Статья 351. Постановление приговора ... 818
Статья 352. Прекращение рассмотрения уголовного дела в связи с установленной невменяемостью подсудимого ... 820
Статья 353. Особенности ведения протокола судебного заседания ... 821

Раздел XIII. ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ ВТОРОЙ ИНСТАНЦИИ

Глава 43. Апелляционное и кассационное обжалование судебных решений, не вступивших в законную силу ... 822

Статья 354. Право апелляционного и кассационного обжалования ... 822
Статья 355. Порядок принесения жалобы и представления ... 823
Статья 356. Сроки обжалования приговоров ... 825
Статья 357. Порядок восстановления срока обжалования ... 826
Статья 358. Извещение о принесенных жалобах и представлениях ... 826
Статья 359. Последствия подачи жалобы или представления ... 827
Статья 360. Пределы рассмотрения уголовного дела судом апелляционной или кассационной инстанции ... 828

Глава 44. Апелляционный порядок рассмотрения уголовного дела ... 830
Статья 361. Предмет судебного разбирательства в апелляционном порядке ... 830
Статья 362. Сроки начала рассмотрения уголовного дела в апелляционной инстанции ... 830
Статья 363. Апелляционные жалоба или представление ... 830
Статья 364. Назначение и подготовка заседания суда апелляционной инстанции ... 831
Статья 365. Судебное следствие ... 832
Статья 366. Прения сторон. Последнее слово подсудимого ... 833
Статья 367. Решения, принимаемые судом апелляционной инстанции ... 833
Статья 368. Постановление приговора ... 835
Статья 369. Основания отмены или изменения приговора суда первой инстанции ... 835
Статья 370. Отмена или изменение оправдательного приговора ... 835
Статья 371. Обжалование приговора и постановления суда апелляционной инстанции ... 836
Статья 372. Протокол судебного заседания ... 836

Глава 45. Кассационный порядок рассмотрения уголовного дела ... 836
Статья 373. Предмет судебного разбирательства в суде кассационной инстанции ... 836
Статья 374. Сроки рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции ... 836
Статья 375. Кассационные жалоба и представление ... 837
Статья 376. Назначение судебного заседания ... 837
Статья 377. Порядок рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции ... 839
Статья 378. Решения, принимаемые судом кассационной инстанции ... 842
Статья 379. Основания отмены или изменения судебного решения в кассационном порядке ... 843
Статья 380. Несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела ... 844
Статья 381. Нарушение уголовно-процессуального закона ... 845
Статья 382. Неправильное применение уголовного закона ... 849
Статья 383. Несправедливость приговора ... 850
Статья 384. Отмена обвинительного приговора с прекращением уголовного дела ... 850
Статья 385. Отмена оправдательного приговора ... 851
Статья 386. Отмена приговора с направлением уголовного дела на новое судебное разбирательство ... 853
Статья 387. Изменение приговора ... 854
Статья 388. Кассационное определение ... 856
Статья 389. Повторное рассмотрение уголовного дела судом кассационной инстанции ... 857

Раздел XIV. ИСПОЛНЕНИЕ ПРИГОВОРА

Глава 46. Обращение к исполнению приговоров, определений и постановлений ... 858
Статья 390. Вступление приговора в законную силу и обращение его к исполнению ... 858
Статья 391. Вступление определения или постановления суда в законную силу и обращение его к исполнению ... 859
Статья 392. Обязательность приговора, определения, постановления суда ... 859
Статья 393. Порядок обращения к исполнению приговора, определения, постановления суда ... 860
Статья 394. Извещение об обращении приговора к исполнению ... 863
Статья 395. Предоставление родственникам свидания с осужденным ... 863

Глава 47. Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением приговора ... 864
Статья 396. Суды, разрешающие вопросы, связанные с исполнением приговора ... 864
Статья 397. Вопросы, подлежащие рассмотрению судом при исполнении приговора ... 865
Статья 398. Отсрочка исполнения приговора ... 868
Статья 399. Порядок разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора ... 869
Статья 400. Рассмотрение ходатайства о снятии судимости ... 870
Статья 401. Обжалование постановления суда ... 871

Раздел XV. ПЕРЕСМОТР ВСТУПИВШИХ В ЗАКОННУЮ СИЛУ ПРИГОВОРОВ, ОПРЕДЕЛЕНИЙ И ПОСТАНОВЛЕНИЙ СУДА

Глава 48. Производство в надзорной инстанции ... 872
Статья 402. Право обжалования вступивших в законную силу приговора, определения, постановления суда ... 872
Статья 403. Суды, рассматривающие надзорные жалобу или представление ... 874
Статья 404. Порядок принесения надзорных жалобы или представления ... 875
Статья 405. Недопустимость поворота к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора ... 876
Статья 406. Порядок рассмотрения надзорных жалобы или представления ... 878
Статья 407. Порядок рассмотрения уголовного дела судом надзорной инстанции ... 880
Статья 408. Решение суда надзорной инстанции ... 882
Статья 409. Основания отмены или изменения судебного решения, вступившего в законную силу ... 884
Статья 410. Пределы прав суда надзорной инстанции ... 885
Статья 411. Рассмотрение уголовного дела после отмены первоначального приговора суда или определения суда кассационной инстанции ... 888
Статья 412. Внесение повторных надзорных жалоб или представлений ... 888

Глава 49. Возобновление производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств ... 888
Статья 413. Основания возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств ... 889
Статья 414. Сроки возобновления производства ... 895
Статья 415. Возбуждение производства ... 897
Статья 416. Действия прокурора по окончании проверки или расследования ... 899
Статья 417. Порядок разрешения судом вопроса о возобновлении производства по уголовному делу ... 900
Статья 418. Решение суда по заключению прокурора ... 901
Статья 419. Производство по уголовному делу после отмены судебных решений ... 902

Часть четвертая

ОСОБЫЙ ПОРЯДОК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Раздел XVI. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ОТДЕЛЬНЫМ КАТЕГОРИЯМ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ

Глава 50. Производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних ... 904
Статья 420. Порядок производства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних ... 904
Статья 421. Обстоятельства, подлежащие установлению ... 905
Статья 422. Выделение в отдельное производство уголовного дела в отношении несовершеннолетнего ... 906
Статья 423. Задержание несовершеннолетнего подозреваемого. Избрание несовершеннолетнему подозреваемому, обвиняемому меры пресечения ... 906
Статья 424. Порядок вызова несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого ... 907
Статья 425. Допрос несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого ... 907
Статья 426. Участие законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в ходе досудебного производства по уголовному делу ... 908
Статья 427. Прекращение уголовного преследования с применением принудительной меры воспитательного воздействия ... 910
Статья 428. Участие законного представителя несовершеннолетнего подсудимого в судебном заседании ... 912
Статья 429. Удаление несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания ... 913
Статья 430. Вопросы, разрешаемые судом при постановлении приговора в отношении несовершеннолетнего ... 913
Статья 431. Освобождение судом несовершеннолетнего подсудимого от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного воздействия ... 914
Статья 432. Освобождение судом несовершеннолетнего подсудимого от наказания с направлением в специализированное учреждение для несовершеннолетних ... 915

Глава 51. Производство о применении принудительных мер медицинского характера ... 917
Статья 433. Основания для производства о применении принудительных мер медицинского характера ... 917
Статья 434. Обстоятельства, подлежащие доказыванию ... 919

Статья 435. Помещение в психиатрический стационар ... 920
Статья 436. Выделение уголовного дела ... 920
Статья 437. Участие законного представителя ... 921
Статья 438. Участие защитника ... 922
Статья 439. Окончание предварительного следствия ... 923
Статья 440. Назначение судебного заседания ... 924
Статья 441. Судебное разбирательство ... 925
Статья 442. Вопросы, разрешаемые судом при принятии решения по уголовному делу ... 925
Статья 443. Постановление суда ... 926
Статья 444. Порядок обжалования постановления суда ... 928
Статья 445. Прекращение, изменение и продление применения принудительной меры медицинского характера ... 929
Статья 446. Возобновление уголовного дела в отношении лица, к которому применена принудительная мера медицинского характера ... 931

Раздел XVII. ОСОБЕННОСТИ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В ОТНОШЕНИИ ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ

Глава 52. Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц ... 932
Статья 447. Категории лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам ... 932
Статья 448. Возбуждение уголовного дела ... 933
Статья 449. Задержание ... 937
Статья 450. Особенности избрания меры пресечения и производства отдельных следственных действий ... 938
Статья 451. Направление уголовного дела в суд ... 940
Статья 452. Рассмотрение уголовного дела в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, судьи федерального суда ... 940

Часть пятая

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Раздел XVIII. ПОРЯДОК ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ СУДОВ, ПРОКУРОРОВ, СЛЕДОВАТЕЛЕЙ И ОРГАНОВ ДОЗНАНИЯ С СООТВЕТСТВУЮЩИМИ КОМПЕТЕНТНЫМИ ОРГАНАМИ И ДОЛЖНОСТНЫМИ ЛИЦАМИ ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВ И МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ

Глава 53. Основные положения о порядке взаимодействия судов, прокуроров, следователей и органов дознания с соответствующими компетентными органами и должностными лицами иностранных государств и международными организациями ... 942
Статья 453. Направление запроса о правовой помощи ... 942
Статья 454. Содержание и форма запроса ... 944
Статья 455. Юридическая сила доказательств, полученных на территории иностранного государства ... 946
Статья 456. Вызов свидетеля, потерпевшего, эксперта, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей, находящихся за пределами территории Российской Федерации ... 947
Статья 457. Исполнение в Российской Федерации запроса о правовой помощи ... 949
Статья 458. Направление материалов уголовного дела для осуществления уголовного преследования ... 950
Статья 459. Исполнение запросов об осуществлении уголовного преследования или о возбуждении уголовного дела на территории Российской Федерации ... 951

Глава 54. Выдача лица для уголовного преследования или исполнения приговора ... 952
Статья 460. Направление запроса о выдаче лица, находящегося на территории иностранного государства ... 952
Статья 461. Пределы уголовной ответственности лица, выданного Российской Федерации ... 955
Статья 462. Исполнение запроса о выдаче лица, находящегося на территории Российской Федерации ... 956
Статья 463. Обжалование решения о выдаче лица и судебная проверка его законности и обоснованности ... 958
Статья 464. Отказ в выдаче лица ... 960
Статья 465. Отсрочка в выдаче лица и выдача лица на время ... 962

Статья 466. Избрание или применение избранной меры пресечения для обеспечения возможной выдачи лица ... 963
Статья 467. Передача выдаваемого лица ... 964
Статья 468. Передача предметов ... 964

Глава 55. Передача лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является ... 965
Статья 469. Основания передачи лица, осужденного к лишению свободы ... 965
Статья 470. Порядок рассмотрения судом вопросов, связанных с передачей лица, осужденного к лишению свободы ... 966
Статья 471. Основания отказа в передаче лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является ... 967
Статья 472. Порядок разрешения судом вопросов, связанных с исполнением приговора суда иностранного государства ... 968
Статья 473. *Утратила силу на основании ФЗ от 04.07.2003. г. № 92-ФЗ* ... 970

Часть шестая

БЛАНКИ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТОВ

Раздел XIX. ПРИМЕНЕНИЕ БЛАНКОВ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТОВ. ПОРЯДОК ПРИМЕНЕНИЯ БЛАНКОВ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДОКУМЕНТОВ

Статья 474. Оформление процессуальных действий и решений на бланках процессуальных документов ... 972
Статья 475. Оформление процессуальных действий и решений при отсутствии бланков процессуальных документов в перечне, предусмотренном главой 57 настоящего Кодекса ... 972

Глава 57. Перечень бланков процессуальных документов ... 973
Статья 476. Перечень бланков процессуальных документов досудебного производства ... 973
Статья 477. Перечень бланков процессуальных документов судебного производства ... 973

ПРИЛОЖЕНИЕ ... 974

СПИСОК ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ

БВС РФ — Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации;
ВС РФ — Верховный Суд Российской Федерации;
в т.ч. — в том числе;
ГК — Гражданский кодекс Российской Федерации;
ГПК — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации;
ЖК — Жилищный кодекс Российской Федерации;
КоАП — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;
комм. — комментарий;
КС РФ — Конституционный Суд Российской Федерации;
ОВД — Органы внутренних дел;
ОРД — оперативно-розыскная деятельность;
РГ — Российская газета;
РФ — Российская Федерация;
СЗ РФ — Собрание законодательства Российской Федерации;
СК — Семейный кодекс Российской Федерации;
СК по УД — Судебная коллегия по уголовным делам;
ТК — Трудовой кодекс Российской Федерации;
т.к. — так как;
т.н. — так называемый;
УИК — Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации;
УК — Уголовный кодекс Российской Федерации;
УПК — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (если не указано иное);
утв. — утверждено (ный)
ФЗ — федеральный закон;
ФКЗ — федеральный конституционный закон.

ПРЕДИСЛОВИЕ

С момента принятия нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации прошло 5 лет. Этот срок достаточен для оценки его юридических качеств и практической эффективности. Цель УПК РФ — социальная. Концепция судебной реформы в Российской Федерации, важнейшей частью которой явилась разработка нового УПК, провозгласила, что она направлена «на пробуждение общественной совести во имя достижения правды в экстремальных условиях борьбы человека за свою жизнь, свободу и доброе имя»[1]. Для уголовного судопроизводства — это защита прав человека и внедрение в процесс реальной состязательности сторон. При разработке УПК РФ ставилась задача привести российское уголовно-процессуальное законодательство в соответствие с принципами уголовного судопроизводства и нормами о защите прав человека, провозглашенными в Конституции Российской Федерации, Концепции судебной реформы в Российской Федерации и международно-правовых актах (в первую очередь Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.), обязательства, по выполнению которых приняла на себя наша страна. Кодекс в известной степени должен был послужить «пропуском» новой России в сообщество цивилизованных государств, которые и сами придают реформам уголовной юстиции первостепенное значение. Всеобщее осознание необходимости новой философии и практики в борьбе с преступностью породило в Европе лавину масштабных судебных преобразований. Их социально-политической основой служит окончательная победа в современном цивилизованном мире либеральных идей и историческая смерть авторитаризма. Уголовное судопроизводство — последняя «бастилия», падение которой происходит прямо на наших глазах. В целом ряде стран (Великобритании, Германии, Испании, Италии, Финляндии, Франции и др.) как на теоретическом, так и на законодательном уровне идут интенсивные поиски моделей уголовного процесса, отвечающих реалиям стремительно меняющегося мира. Не является исключением и судебно-правовая реформа в России.

Вместе с тем российский законодатель стремился в максимальной степени обеспечить преемственность уголовно-процессуального законодательства, сохранив многие положения прежнего Уголовно-процессуального кодекса 1960 г., которые оправдали себя на практике.

Не все эти задачи были с одинаковым успехом решены в УПК РФ. Как показывает анализ его содержания, предпринятый в настоящем Комментарии, он все еще не свободен от многочисленных недостатков и противоречий. Прежде всего, необходимо отметить определенную эклектичность этого процессуального закона, порой неорганичное соединение разнородных, иногда прямо противоположных принципов и подходов. Старое и новое встретились в нем и как бы остановились в вопросе, судьей в котором может быть только сама юридическая и политическая практика. В этом, содержательном, смысле УПК РФ 2001 г. не оставляет впечатления правового памятника, созданного на века, — скорее, это акт переходного периода. Доказательством тому служат многочисленные изменения, которые были внесены в уголовно-процессуальное право как отдельными законами, так и решениями Конституционного Суда РФ.

---

[1] Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 79.

Нельзя исключить и того, что УПК РФ рискует повторить судьбу Устава уголовного судопроизводства 1864 г., который после первых опытов своего практического применения подвергся значительной переделке в консервативном направлении. Так, под видом направления судом дела прокурору для исправления недостатков обвинительного заключения уже частично реанимирован инквизиционный институт дополнительного расследования — якобы в целях исправления допущенных следователями процессуальных нарушений и защиты прав личности. Вновь введено заочное судебное разбирательство по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, а также разрешен пересмотр в надзорном порядке вступивших в законную силу оправдательных приговоров и обвинительных приговоров в сторону, не благоприятную для осужденного.

Не безупречен новый российский Кодекс и с точки зрения формы. Нередкие коллизии ряда норм УПК РФ друг с другом или с положениями других нормативных актов подчас требуют от правоприменителя владения сложным искусством толкования закона, а при отсутствии такового заставляют его ожидать разъяснений свыше.

Однако, как ни относиться к УПК РФ, следует признать, что он представляет собой весьма оригинальный закон, которым в юридический обиход введена по существу новая модель уголовного процесса, не имеющая прямых аналогов ни в отечественной истории права, ни в зарубежном законодательстве. Ее главные особенности, на наш взгляд, заключаются в следующем.

1. Кодекс закрепляет смешанный, следственно-состязательный (континентальный) тип процесса с преобладанием по букве закона состязательных элементов. При этом состязательность наиболее ярко проявляется в судебных стадиях. Суд не рассматривается как орган уголовного преследования, он не должен выступать ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты, лишь создавая необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15). Так, суд приступает к рассмотрению дела только по обвинению, представленному уголовным преследователем, и не вправе выходить за рамки, очерченные в обвинении (ст. 252). Он не имеет права возбуждать уголовные дела, поскольку движущей силой состязательного процесса является лишь спор сторон по поводу обвинения. По той же причине полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет прекращение уголовного дела либо уголовного преследования в целом или в соответствующей его части (ч. 7 ст. 246). В УПК формально не предусмотрено право суда возвращать уголовные дела для производства дополнительного расследования, ибо предоставление стороне обвинения в случае обнаружения неполноты или предвзятости проведенного расследования, существенного нарушения прав участников процесса повторной возможности доказывать виновность означало бы нарушение принципа равенства сторон и объективно делало суд адептом уголовного преследования. Сторона защиты получила право самостоятельно, хотя и в ограниченном объеме, собирать доказательства (ч. 3 ст. 86); вызывать в суд свидетелей и специалистов, представлять другие необходимые ей доказательства (п. 6 ч. 1 ст. 220, п. 6 ч. 1 ст. 225, п. 4 ч. 2 ст. 231, ч. 4 ст. 271), что до известной степени могло бы уравнять ее в процессе доказывания со стороной обвинения. Усилено действие состязательного принципа непосредственности исследования в суде доказательств: оглашение и использование в судебном разбирательстве протоколов допросов не явившихся в судебное заседание свидетелей

и потерпевших, допускается, как правило, только с согласия сторон (ч. 1 ст. 281); подчеркивается право суда проводить в судебном разбирательстве не только допрос, осмотр и экспертизу, но и такие следственные действия, как следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование (ст. 288—290).

Тем не менее, общее требование Кодекса о том, чтобы уголовное судопроизводство осуществлялось на основе состязательности сторон (ч. 1 ст. 15), нельзя признать полностью реализованным, поскольку на досудебных стадиях процесса законодатель сохранил существенные элементы следственного (инквизиционного, или розыскного) порядка судопроизводства, при котором уголовный преследователь сосредоточивает в своих руках не только обвинительную, но и значительную часть судебной власти, т.е. права принятия решений по делу. Так, следователь, дознаватель и прокурор могут на досудебном производстве принимать окончательное решение по существу дела, прекращая уголовное дело или уголовное преследование не только по реабилитирующим, но и по т.н. нереабилитирующим основаниям, устанавливая при этом виновность лица в совершении преступления (гл. 4). Именно уголовный преследователь (дознаватель, следователь и прокурор) выносит на предварительном расследовании решение об отводе своих процессуальных противников — защитника или представителя гражданского ответчика (ст. 72). Но главное наследие инквизиционного порядка в российском уголовном процессе состоит в том, что прокурор, следователь и дознаватель, *наряду с судом*, собирают и используют доказательства, с помощью которых *устанавливают* наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 74), т.е. сразу получают *судебные* доказательства, в то время как в процессуальных системах, последовательно придерживающихся состязательного начала (Англия, США, Италия и др.), предусмотрена особая судебная процедура проверки и признания допустимыми в качестве судебных доказательств, которые сторона уголовного преследования собрала на предварительном производстве и представила перед судом. Именно органы предварительного расследования в российском уголовном процессе фактически решают вопрос, какие ходатайства стороны защиты и других участников процесса о приобщении к материалам дела доказательств удовлетворить, а какие нет (ст. 159). Наконец, следователь и прокурор предъявляют официальное обвинение не в судебном заседании, перед лицом независимого суда, как это и должно происходить в подлинно состязательном судопроизводстве, а самостоятельно, в сугубо инквизиционном порядке (гл. 23). То есть уголовные преследователи — прокурор, следователь и дознаватель — на досудебном производстве фактически являются не стороной в деле, а «хозяевами процесса», подменяя здесь судью, что и является главным признаком инквизиционности.

2. Однако, по мысли законодателя, в УПК РФ предусмотрен и противовес диктату органов уголовного преследования — судебный контроль над законностью и обоснованностью не только действий, но и бездействия, а также решений дознавателя, следователя и прокурора (ст. 125, 165 и др.). Судебный порядок рассмотрения жалоб на решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора вводит, по сути, апелляционную процедуру проверки законности и обоснованности актов органов предварительного расследования. Благодаря судебному контролю российское предварительное расследование начинает до некоторой степени напоминать современный германский тип уголовного судопроизводства. Как и там, судебный орган в лице одного из своих судей разрешает определенные вопросы, возникающие на стадии пред-

варительной подготовки, не принимая дело к своему производству, т.е. не становясь следователем. Однако имеются и существенные различия. Главной задачей немецкого судьи, действующего на стадии предварительного расследования, является проведение по ходатайству сторон судебных следственных действий по легализации доказательств, и он, как правило, не занимается рассмотрением жалоб. Российский судья, напротив, рассматривает жалобы, и в этом отношении новый российский процесс проявляет известное сходство с французской формой, где уделяется повышенное внимание обжалованию действий судебной полиции и решений следственного судьи в обвинительную камеру апелляционного суда. Впрочем, и здесь обнаруживается то же самое принципиальное различие, что и при сопоставлении российского процессуального порядка с германским судопроизводством. Судья, действующий на французском предварительном следствии, есть в первую очередь следователь, поэтому судебное присутствие имеет там активный характер. В чем смысл этого противопоставления? В том, что российские судьи разрешают жалобы, в то время как французские и немецкие следственные судьи их предотвращают. Следственные судьи в большей степени способны на это именно потому, что непосредственно участвуют в доказывании, внося в него элемент состязательности и, тем самым, предотвращая многие из возможных конфликтов. Они обеспечивают непосредственность исследования доказательств судебным органом уже на стадии предварительной подготовки, что делает возможным получать (легализовать) здесь доказательства в качестве судебных. Вместе с тем немецкая и французская модели участия суда на предварительном расследовании также далеко не безупречны. Последовательное проведение состязательного начала требует, чтобы действия суда на предварительном расследовании не превращались в фактическое участие в уголовном преследовании за счет превращения судьи в ведущего дело следователя (УПК Франции). Не делает предварительную подготовку целиком состязательной и лишь эпизодическое подключение судьи к расследованию для закрепления по требованию полиции и прокуратуры доказательств или для судебного контроля над мерами процессуального принуждения (УПК ФРГ). Предварительное следствие сможет стать полностью состязательным только в том случае, когда судебный контроль над ним будет состоять из четырех элементов: 1) принятие судом решений о применении мер процессуального принуждения; 2) рассмотрение жалоб на действия органов уголовного преследования; 3) легализация судом представленных сторонами доказательств в качестве судебных; 4) контроль над процессом предъявления здесь первоначального обвинения. Пример в этом отношении представляет испанский Органический закон о суде присяжных 1995 г., который учредил оригинальную процедуру досудебной подготовки, где следственные судейские действия, направленные на собирание и закрепление доказательств (по ходатайствам сторон) чередуются с состязательными предварительными слушаниями. На них стороны могут заявлять ходатайства о проведении судьей следственных действий, о прекращении дела, излагать свои соображения о квалификации, об изменении обвинительного заключения и т.д. Следственный судья на этих слушаниях принимает т.н. «постановление, констатирующее состав преступления», а также решения по ходатайствам сторон, в т.ч. о проведении тех или иных следственных действий. В конце предварительного следствия он же выносит постановление о назначении судебного разбирательства с участием присяжных, если, конечно, для этого имеются достаточные основания.

Сказанное позволяет предположить, что в будущем развитие и российского уголовного судопроизводства теоретически имеет шанс пойти по пути усиления полномочий судебных органов на предварительном расследовании в указанных направлениях. При этом общие суды вряд ли в состоянии будут справиться с этой задачей, поскольку совмещение обязанностей по полномасштабному судебному контролю с рассмотрением и разрешением уголовных дел в первой инстанции в кадровом и техническом отношении будет для них, скорее всего, непосильной задачей. Приемлемое решение этой проблемы заключается, на наш взгляд, в формировании самостоятельного института следственных судей, полностью независимых и ведомственно обособленных от органов, осуществляющих уголовное преследование (прокуратуры, МВД, ФСБ и т.д.). Отдаленно прослеживается некоторое движение в этом направлении. Так, Концепция судебной реформы в Российской Федерации предусматривает выделение органов предварительного следствия в самостоятельную централизованную федеральную структуру — т.н. следственный комитет. Однако если единый следственный орган будет организован в недрах «правоохранительных» ведомств — прокуратуры или МВД, положение с качеством расследования и соблюдением прав человека в этой сфере вряд ли изменится в лучшую сторону, а скорее всего, даже ухудшится. Ведь вместо нескольких «маленьких инквизиторов», конкуренция между которыми до некоторой степени обеспечивает систему сдержек и противовесов, страна получит одного следственного «Левиафана», слишком мощного для того, чтобы поставить его под реальный демократический контроль. Не следует уповать и на действенный прокурорский надзор за таким органом, поскольку прокуратура, имея в своем составе единый следственный комитет, будет по-прежнему связана ответственностью за результаты его работы, более того, рискует практически сделаться придатком этого по-настоящему властного органа.

3. Положения ч. 3 ст. 86 УПК РФ о праве защитника самостоятельно собирать доказательства путем получения предметов, документов, других сведений, опроса лиц с их согласия и т.д. подкрепляются рядом процессуальных гарантий. Так, по окончании предварительного расследования и ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь обязан выяснить, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты (ч. 4 ст. 217). В обвинительном заключении указывается перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты (п. 6 ч. 1 ст. 220). Кроме того, к обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны защиты (ч. 4 ст. 220), и даже прокурор не вправе исключить свидетелей из списка, предложенного защитой (п. 3 ч. 2 ст. 221). Суд в дальнейшем также не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271). Таким образом, защитник имеет практическую возможность добиться допроса ранее опрошенных им лиц в судебном разбирательстве, даже если следователь и дознаватель отказали ему в этом на предварительном расследовании. Представляется, что письменные объяснения, полученные в результате опроса, также могут быть представлены следователю, дознавателю и в суд в качестве иных документов (ст. 84), что не исключает в дальнейшем допроса этих лиц как свидетелей, ибо этого требует принцип непосредственности исследования доказательств.

4. В УПК РФ сохраняется строго формализованное предварительное расследование, в ходе которого должны соблюдаться многочисленные процедурные правила, направленные на письменное удостоверение результатов предварительного расследования и обеспечение прав участников процесса (в первую очередь права обвиняемого на защиту). Это придает предварительному расследованию высокий процессуальный статус. Однако допущенные здесь процессуальные и материально-правовые нарушения часто не могут быть восполнены в суде, что неизбежно порождает острейшую проблему возвращения уголовного дела для исправления допущенных недостатков (см. комм. к ст. 237). УПК РФ предусматривает возможность направления дела на дополнительное расследование только по решению прокурора (п. 3 ч. 1 ст. 221), суд же лишен этого права. Как отмечалось выше, запрет на направление дела на дополнительное расследование судом имеет состязательный характер. Но возвращение дела прокурору и следователю из судебных стадий для исправления существенных нарушений процессуального закона, допущенных на досудебных стадиях процесса, оказалось настолько привлекательным, что было санкционировано Констиуционным Судом РФ (см. комм. к ст. 237). Однако такое решение проблемы опасно приближает нас к возвращению к розыскному институту направления судом уголовного дела на дополнительное расследование. На наш взгляд, возможен и иной, состязательный путь выхода из этого кризиса. Это предоставление стороне защиты необходимого времени для надлежащего ознакомления в суде с материалами дела или измененным обвинением, в т.ч. и в сторону его ухудшения (с отложением судебного заседания на необходимый срок). При этом возможно и проведение по ходатайству защиты дополнительных судебных следственных действий, а также (по примеру французского судопроизводства) введение института судебных отдельных поручений органам предварительного расследования, благодаря которым, не передавая дело для проведения дополнительного расследования, можно получать сведения о фактических обстоятельствах, необходимых для обеспечения права обвиняемого на защиту. И только в том случае, когда защита изначально заявит о своем несогласии с поворотом обвинения к худшему непосредственно в суде, дело сможет быть направлено на дополнительное расследование для перепредъявления обвинения.

5. Существенной особенностью современного российского уголовного процесса, точнее условий, в которых он функционирует, является постоянный конституционный судебный надзор, благодаря которому стало реально исполнимо требование закона о том, что Конституция РФ служит прямым источником уголовно-процессуального права (ч. 1 ст. 1 УПК). Нельзя сказать, что все постановления Конституционного Суда по вопросам уголовного судопроизводства бесспорны (некоторые из них дают пищу для критики), но нельзя отрицать следующие их важные особенности. Во-первых, обычные граждане, даже обвиняемые и подозреваемые в совершении преступлений, имеют определенную возможность, опираясь на рычаг права, влиять не только на исход своего конкретного дела, но и непосредственно на закон. Во-вторых, Конституционный Суд посредством этих решений фактически осуществляет то, что принято называть судебным надзором в интересах закона, когда конкретное дело не пересматривается по жалобе, но из него извлекается вывод, имеющий на будущее обязательную силу. В данном случае общие принципы извлекаются Конституционным Судом из Конституции РФ и международного права. Поскольку эти принципы, как правило, сформулированы весьма широко, Конституционный Суд пользуется оп-

ределенной свободой в их толковании. Его постановления с полным основанием могут считаться самостоятельным источником права, поскольку, по сути, создают *судебные прецеденты*[1], т.е. обоснованные в судебных решениях новые правовые нормы, обязательные в дальнейшем для применения всеми судебными и иными органами.

Иначе должен решаться вопрос в отношении разъяснений, содержащихся в постановлениях Верховного Суда, принятых в период действия прежнего уголовно-процессуального законодательства. Верховный Суд не наделен полномочиями по исправлению законов, подобными тем, которые имеет Конституционный Суд, поэтому данные Верховным Судом толкования уголовно-процессуальных норм могут сохранять значение для практики применения УПК РФ лишь в тех пределах, в которых УПК РФ регулирует процессуальные отношения аналогично УПК РСФСР. В этой связи авторы настоящего Комментария воздерживались от использования разъяснений пленумов Верховного Суда РФ (РСФСР), а также Верховного Суда СССР, если они не отвечают названному условию.

После всех перечисленных преобразований российское уголовное судопроизводство представляет собой достаточно самобытный тип процесса, не повторяющий в основных своих чертах ни один из известных зарубежных образцов. Однако в некоторых своих частных моментах он впервые в истории отечественного законодательства обнаруживает явную тенденцию к сближению с англо-американской моделью уголовного судопроизводства. При этом речь идет не только об английском по своему происхождению институте суда присяжных, который в первый раз был введен в России еще Уставами уголовного судопроизводства 1864 г., а в Российской Федерации воссоздан в 1993 г. Важнейшим англо-американским заимствованием последних лет является т.н. *правило об исключении доказательств*. Согласно ч. 1 ст. 75 УПК РФ «доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса». Данная норма, принята во исполнение требования ч. 2 ст. 50 Конституции РФ. Однако следует отметить, что в уголовном процессе Англии и особенно США оно не имеет универсального характера, распространяясь лишь на отдельные ситуации, связанные с получением тех или иных видов доказательств (недопустимость показаний с чужих слов; результатов предъявления опознания без участия защитника; недопустимость признательных показаний, полученных без надлежащего предупреждения задержанного о его процессуальных правах, и т.д.) Норма же, закрепленная в ч. 1 ст. 75 УПК РФ, звучит слишком категорично и при буквальном ее толковании охватывает все без исключения случаи процессуальных нарушений, допущенных при собирании и проверке доказательств, невзирая на то, насколько существенным является каждое из них. Некритическое восприятие этого правила способно создать значительные трудности в судебной и следственной практике. Решение вопроса на теоретическом и практическом уровнях — одна из острейших проблем российского уголовного судопроизводства (более подробно о нашем взгляде на эту проблему см. комм. к ст. 75).

Самым же экзотическим заимствованием из уголовного судопроизводства США являются т.н. *сделки о признании,* которые, правда, были восприняты УПК РФ в их

---

[1] См.: *Витрук Н.В.* Конституционное правосудие. М., 1998. С. 85.

европейской интерпретации. Этот институт с недавних пор был усвоен уголовно-процессуальным законодательством ряда западноевропейских государств (ст. 655, 689.2 УПК Испании, ст. 444—448 УПК Италии). Так, например, по итальянскому УПК по окончании предварительного следствия обвиняемый по согласованию с прокурором ходатайствует о сокращенном рассмотрении дела в суде уже на этапе предварительного слушания, которое проводится по письменным материалам предварительного следствия. Если по делу выносится обвинительный приговор, также применяется скидка с наказания в размере $^{1}/_{3}$ срока лишения свободы. На практике подобные соглашения воспринимаются как соглашение сторон о виновности, отчего заслужили неофициальное название «медленное признание вины». Согласно УПК РФ обвиняемый также вправе при наличии согласия государственного или частного обвинителя и потерпевшего заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства по уголовным делам о преступлениях, наказание за которые не превышает 10 лет лишения свободы (ст. 314). Если судья придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно, подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу, то он постановляет обвинительный приговор и назначает подсудимому наказание, которое не может превышать $^{2}/_{3}$ максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление (ст. 316). По существу, сделки о признании есть не что иное, как переход к инквизиционной письменной процедуре в обмен на сокращение сроков наказания.

Не без влияния американского уголовного процесса изменил свою форму в российском процессе институт предания обвиняемого суду. Стадия подготовки к судебному заседанию в новом Кодексе заменила собой стадию предания суду (позднее — «полномочия судьи до судебного разбирательства дела»), о которой говорилось в прежнем уголовно-процессуальном законодательстве (ст. 109, 127, 254, 314, 374 УПК РСФСР). Главная цель, которую ранее преследовала стадия предания суду, состояла в определении судьей достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном заседании. Теперь такая задача перед судом не стоит. По УПК РФ вопрос о достаточности доказательств может рассматриваться судьей лишь в форме предварительного слушания по вопросу о наличии оснований для приостановления или прекращения уголовного дела (ст. 238, 239). Таким образом, вопрос о достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном разбирательстве, как правило, решает прокурор, направляя дело в суд в порядке ст. 222, п. 1 ч. 1 ст. 226. Это позволяет говорить о переходе российского уголовного судопроизводства в основном к *обвинительной* модели предания суду, когда данный вопрос относится к компетенции обвинителя и решается им при окончании предварительного расследования. Относительным новшеством является и само *предварительное слушание,* которое представляет собой подготовительный этап производства в суде первой инстанции, прообразом для которого служит английская судебная процедура *arraignment* — привлечение к суду. В последнее время предварительное слушание появилось и в ряде стран континентального права (Италии, Финляндии и др.). Согласно УПК РФ (гл. 34) оно предназначено для того, чтобы заранее выяснить или скорректировать позиции сторон по делу (например, обвинитель может здесь при определенных условиях изменить обвинение), проверить допустимость представленных доказательств и рассмотреть ходатайства о представлении в судебное заседание доказательств дополнительных, не исследовав-

шихся на предварительном расследовании, попутно уведомив о них другую сторону. Ранее предварительное слушание предусматривалось в УПК РСФСР только для суда присяжных, ныне оно может проводиться при производстве по любому уголовному делу.

По примеру англо-американского уголовного процесса в УПК РФ введена норма, воспрещающая пересмотр в надзорном порядке оправдательных приговоров, а также обвинительных приговоров по основаниям, влекущим ухудшение положения обвиняемого (ст. 405), хотя этот запрет и был в значительной степени смягчен Конституционным Судом РФ (см. комм. к ст. 405). Вместе с тем не лучшим заимствованием является демонстративное нежелание упоминать в УПК о необходимости достижения в процессе доказывания объективной истины.

Во вступительной статье невозможно упомянуть обо всех новациях нового уголовно-процессуального законодательства — их подробный анализ дан в комментариях к соответствующим статьям УПК. Однако и сказанного достаточно, чтобы сделать некоторые, пока сугубо юридические выводы. Главные из них — серьезная либерализация российского уголовно-процессуального законодательства и существенное расширение возможностей обвиняемого и других участников процесса по защите своих прав и законных интересов. Состязательность имеет, наконец, случай перейти в нашем судопроизводстве из разряда красивых, но не обеспеченных гарантиями, деклараций в сферу правовой действительности. При этом она — не самоцель, а единственное на сегодняшний день средство обеспечить в судопроизводстве законность и справедливость.

Однако следует сказать и другое. Как показывает опыт, практическая реализация состязательных и других либеральных начал в пореформенном уголовном процессе проходит трудно и противоречиво. Не все российские судьи, прокуроры и следователи оказались готовы принять процесс как спор равных сторон перед лицом беспристрастного и независимого суда. Часть следователей и прокуроров превратно поняли состязательность лишь как свое право с ожесточением преследовать избранную жертву, не слишком заботясь при этом об интересах истины. Пользуясь выражением А.И. Герцена, о таких можно сказать, что «прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, если травимый зверь уцелел»[1]. Многие судьи по-прежнему склонны отождествлять свои задачи с задачами прокуратуры и предварительного расследования. Роль правосудия они видят не в беспристрастном и объективном разрешении спора обвинения и защиты, где реабилитация невиновного — такая же желанная цель, как и осуждение виновного, а в пресловутой «борьбе с преступностью». На усиление юридических гарантий стороны защиты, личности в целом наиболее инертная, а порой и прямо реакционная часть судебно-следственной системы отвечает откровенным снижением стандартов доказанности виновности, обоснованности и мотивированности решений, снисходительностью к процессуальным нарушениям и пренебрежением к законным интересам участников процесса. Вместо очевидных оправдательных приговоров часто применяется условное осуждение невиновных. К сожалению, судебная реформа пока не преуспела в одной из главных своих задач — обеспечении подлинной независимости судей. Слишком многие суды де-факто все еще остаются послуш-

[1] *Герцен А.И.* Былое и думы. Ч. II. М., 1932. С. 119.

ным придатком административной системы, боязливо оглядываясь на прокуратуру и другие органы власти. В таких условиях даже самая демократичная и совершенная процессуальная форма может оказаться неэффективной. Отсюда следует, что первейшей задачей ныне является решительное преобразование организации судов, прокуратуры и следствия, равно как и обеспечение действенного гражданского контроля за их деятельностью. Но одних законодательных усилий здесь уже недостаточно. Судебная реформа сегодня — это не кабинетная работа, а ежедневное напряженное сражение за человека, бой с бюрократическим чванством и невежеством, жестокосердием и властолюбием, которые ведут в судах честные юристы независимо от того, какую должность или ранг они занимают. От их умения и мужества во многом зависит будущее нашей страны, так что слово «судебный» в данном контексте воспринимается как «прикосновенный к судьбе». Авторы Комментария надеются, что их труд будет посильным вкладом в этой борьбе.

Часть первая

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

РАЗДЕЛ I. ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

ГЛАВА 1. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

СТАТЬЯ 1
ЗАКОНЫ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИЕ ПОРЯДОК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

1. Порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим Кодексом, основанным на Конституции Российской Федерации.

2. Порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников уголовного судопроизводства.

3. Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора.

1. Уголовно-процессуальный кодекс ставит знак равенства между уголовно-процессуальным законодательством и законодательством, определяющим порядок уголовного *судопроизводства*, т.е. отождествляет понятия уголовного процесса и уголовного судопроизводства. Согласно п. 56 ст. 5 УПК уголовное судопроизводство — это не только судебное, но и *досудебное* производство по уголовному делу. Таким образом, не только собственно судебные стадии процесса, но и стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования также считаются частью судопроизводства. Этим подчеркивается, что деятельность органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, других участников процесса на досудебных стадиях осуществляется не сама по себе, но тесно связана с деятельностью суда и создает необходимые предпосылки для осуществления правосудия по уголовным делам. Прежнее уголовно-процессуальное законодательство (УПК РСФСР 1960 г., Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и др.) также определяло уголовный процесс как судопроизводство, однако реально на досудебных стадиях до недавнего времени суд не участвовал. По новому Кодексу предусмотрено постоянное участие в этих стадиях суда, который в виде *судебного контроля* осуществляет здесь правосудие за деятельностью органов предварительного расследования, и прокурора.

2. Порядок уголовного судопроизводства — это условия, процедуры и гарантии, регулирующие деятельность участников процесса. Они установлены нормами уголовно-процессуального права, которые содержатся лишь в строго определенных источниках. Под источниками права в юридическом смысле обычно понимается та или иная внешняя форма выражения правовых норм. Основной источник уголовно-процессуального права — это закон.

При этом необходимо особо подчеркнуть, что согласно новому уголовно-процессуальному законодательству *единственными законами*, которые могут быть источником уголовно-процессуального права являются Уголовно-процессуальный кодекс и Конституция РФ, на которой Кодекс основан. Юридически это означает следующее:

а) при определении порядка уголовного судопроизводства по делу прямому применению подлежит только УПК, а в случаях, если его отдельные положения противоречат конституционным нормам, — Конституция РФ;

б) в случае, если уголовно-процессуальные нормы содержатся в каких-либо иных источниках, они не должны противоречить УПК и Конституции и подлежат приведению в соответствие с ними;

в) если в каком-либо ином ФЗ содержатся новые уголовно-процессуальные нормы, они могут применяться только после того, как будут включены (инкорпорированы) в УПК.

Названные правила предохраняют уголовный процесс от проникновения в него чужеродных норм, не отвечающих демократическим принципам судопроизводства и противоречащих внутренней системе УПК, что является важной политической гарантией против рецидивов авторитаризма в области уголовного процесса.

Законом о введении в действие УПК РФ от 18.12.2001 г. (ст. 4) установлено, что «действующие на территории Российской Федерации федеральные законы и иные нормативные правовые акты, связанные с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, подлежат приведению в соответствие с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации. Впредь до приведения в соответствие с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации указанные федеральные законы и иные нормативные правовые акты применяются в части, не противоречащей Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации».

В настоящий момент продолжают действовать следующие законы и иные нормативные акты, в которых содержатся нормы, имеющие отношение к порядку производства по уголовным делам: ФКЗ от 31.12.96 г. «О судебной системе Российской Федерации» (ред. от 05.04.2005); ФЗ от 08.07.81 г. «О судоустройстве РСФСР» (с изм. на 20.08.2004); ФКЗ от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации»; ФЗ от 26.06.92 г. «О статусе судей в Российской Федерации» (с изм. на 05.04.2005); ФЗ от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. ФЗ от 17.11.95 с изм. на 04.11.2005); ФЗ от 18.04.91 г. «О милиции» (с изм. от 09.05.2005); Указ Президента РФ от 12.02.93 г. «О милиции общественной безопасности (местной милиции) в Российской Федерации» (в ред. от 02.12.98); ФЗ от 03.04.95 г. «О федеральной службе безопасности» (с изм. на 07.03.2005); ФЗ от 20.08.2004 г. «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» (в ред. от 31.03.2005); ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (с изм. на 07.03.2005); ФЗ от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» (с изм. на 02.12.2005); УИК РФ от 08.01.97 г. (с изм. на 09.01.2006); ФЗ от 21.07.97 г. «Об исполнительном производстве» (с изм. на 10.01.2003); ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (с изм. на 20.12.2004), ФЗ от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (в ред. от 30.12.2001); ФЗ от 02.07.92 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» (с изм. на 22.08.2004); Указ Президиума Верховного Совета СССР от 18.05.81 г. «О возмещении

ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц при исполнении ими служебных обязанностей» и др. — в части, не противоречащей УПК и *ГК*.

3. Согласно ст. 90 Конституции Президент РФ издает указы, обязательные на всей территории РФ. Известны случаи, когда указы содержали уголовно-процессуальные нормы (например, отмененный ныне Указ Президента РФ от 14.06.94 № 1226 «О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности»). В силу ч. 3 ст. 90 Конституции РФ указы не должны противоречить Конституции и федеральным законам. Более того, представляется, что в случае, когда указом создаются новые уголовно-процессуальные нормы, не известные Кодексу, они могут применяться только в том случае, если будут инкорпорированы в УПК.

4. В силу ч. 3 ст. 15 Конституции РФ не могут применяться законы, а также любые иные нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы, обязанности человека и гражданина, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. В соответствии с указанным конституционным положением суд не вправе основывать свое решение на неопубликованных нормативных актах, затрагивающих права, свободы, обязанности человека и гражданина. Порядок официального опубликования федеральных нормативных правовых актов определен ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» и Указом Президента РФ от 21.01.93 «О нормативных актах центральных органов государственного управления Российской Федерации».

5. Значение Конституции РФ в уголовном судопроизводстве определяется тем, что она содержит ряд основополагающих норм, которым ввиду ее высшей юридической силы должно соответствовать отраслевое уголовно-процессуальное законодательство. Это, прежде всего, положения гл. 2 Конституции, касающиеся прав и свобод человека и гражданина в уголовном процессе — равенство всех перед законом и судом, неприкосновенность личности, частной жизни, тайна переписки и сообщений, защита чести и доброго имени, неприкосновенность жилища, право на доступ к правосудию и судебную защиту, презумпция невиновности, право на получение квалифицированной юридической помощи и т.д. Кроме того, Конституция в гл.7 устанавливает основы судебной власти — состязательность и гласность судопроизводства, неприкосновенность и несменяемость судей, запрет на создание чрезвычайных судов. Устанавливая эти нормы, Конституция закладывает основы построения отраслевого законодательства. Вместе с тем Конституция — это и акт прямого действия (ч. 1 ст. 15). При необходимости (например, в случае противоречия основному закону отдельных уголовно-процессуальных норм, обнаружения пробелов в отраслевом законодательстве) конституционные нормы могут применяться в уголовном процессе непосредственно. Благодаря этому Конституция выступает гарантом соблюдения в уголовном процессе прав человека и демократических основ судопроизводства.

Как разъяснил Пленум Верховного Суда РФ в п. 2 постановления от 31.10.95 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»[1], суд при разрешении дела должен непосредственно применять конституционные нормы, когда:

[1] РГ. 28.12.95.

а) закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия ФЗ, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения;

б) суд придет к выводу, что ФЗ, действовавший на территории РФ до вступления в силу Конституции РФ, противоречит ей;

в) суд придет к убеждению, что ФЗ, принятый после вступления в силу Конституции РФ, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции;

г) когда закон либо иной нормативный правовой акт, принятый субъектом РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, противоречит Конституции РФ, а ФЗ, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения, отсутствует.

Следует, однако, иметь в виду, что согласно п. «о» ст. 71 Конституции РФ уголовно-процессуальное законодательство относится к исключительному ведению РФ. Поэтому субъекты РФ не вправе принимать законы, регулирующие порядок производства по уголовным делам. Если закон либо иной нормативный правовой акт субъекта РФ все же включает нормы, которые противоречат УПК РФ, то в соответствии с ч. 5 ст. 76 Конституции РФ действуют положения Кодекса.

6. Как записано в ч. 3 ст. 1 УПК, «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора». Трудно представить, как нормы международных договоров и международные обычаи могут быть частью «законодательства». Имеется в виду, что международные нормы есть часть правовой системы России.

В международных договорах, касающихся вопросов уголовного процесса, могут найти закрепление как общепризнанные всем мировым сообществом принципы и нормы, так и нормы, регулирующие отношения только участвующих в них государств. В зависимости от количества участников договоры бывают многосторонними и двусторонними. Состав и уровень их участников также может быть различным. Согласно п. 2 ст. 3 ФЗ от 15.07.95 г. «О международных договорах Российской Федерации» «международные договоры Российской Федерации заключаются с иностранными государствами, а также с международными организациями от имени Российской Федерации (межгосударственные договоры), от имени Правительства Российской Федерации (межправительственные договоры), от имени федеральных органов исполнительной власти (договоры межведомственного характера)». Наибольшее значение для уголовного процесса имеют договоры о правовой помощи, определяющие порядок взаимодействия судебных и следственных органов разных стран при осуществлении уголовного преследования лиц, находящихся за пределами государств, где были совершены преступления; исполнении поручений о производстве процессуальных действий и т.д. Значительное количество таких договоров было в свое время заключено СССР с социалистическими государствами, а также с Алжиром, Грецией, Ираком, Тунисом, Финляндией и некоторыми другими странами. Часть из них продолжает действовать и поныне. В 90-е гг. Россией были подписаны аналогичные соглашения

с Китаем, Литвой, Эстонией и Латвией, а также рядом государств — членов СНГ. Среди них — многосторонняя Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная в Минске 22.01.93 г. (вступила в силу 10.12.94 г.). Россией подписаны и ратифицированы Европейская Конвенция о выдаче от 13.12.57 г. и Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 20.04.59 г. (обе конвенции вступили в силу для России 09.03.2000 г.)[1].

Большое количество договоров межведомственного характера о сотрудничестве в сфере борьбы с преступностью заключено с правоохранительными органами других государств Министерством внутренних дел и Генеральной прокуратурой РФ.

Кроме договоров о правовой помощи порядок взаимоотношений российских правоохранительных органов с иностранными гражданами и должностными лицами может регулироваться также консульскими конвенциями. В соответствии с ними консулы вправе представлять перед судами и следственными органами страны пребывания граждан назначившего их государства, если эти граждане из-за отсутствия или по каким-либо другим уважительным причинам не могут сами защищать свои права и интересы.

Общепризнанные международные принципы и нормы существуют как в форме норм, установленных международными договорами, так и в форме юридических обычаев, которые составляют т.н. общее международное право. Статутом Международного Суда ООН от 26.06.45 г. обычай определен как доказательство «общей практики, принятой в качестве правовой нормы» (п. 1 «b» ст. 38).

Обычная норма становится принадлежностью общего международного права в результате ее признания если не всеми, то большинством государств, представляющих основные политические и правовые системы. Современные международно-правовые обычаи склонны к приобретению формальной определенности, т.к. общепризнанные принципы и нормы, как правило, находят отражение в многосторонних конвенциях и соглашениях (среди которых для уголовного судопроизводства первостепенное значение имеют Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.66 г., Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г., а также Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека от 26.05.95 г.) и, кроме того, в иных документах международного права: декларациях, резолюциях международных органов и организаций, конференций, решениях международных судов и т.д. Они содержатся во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.48 г., в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 24.10.70 г., документах Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе. Авторитет названных документов особенно высок. Конституционный Суд РФ не раз в своих решениях ссылался на Всеобщую декларацию прав человека и т.д.

Особенностью формирования современных обычных норм международного права в области уголовного судопроизводства является растущее влияние на них т.н. реко-

[1] См.: ФЗ от 25.10.99 № 190-ФЗ «О ратификации Европейской конвенции о выдаче и Дополнительного протокола и Второго дополнительного протокола к ней» // СЗ РФ. 1999 г. № 43. Ст. 5129.

мендательных норм, или международных стандартов, в разработке которых основная роль принадлежит Конгрессу ООН по предупреждению преступлений и обращению с правонарушителями[1]. Документы Конгресса обычно подтверждаются резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН. Среди них Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (1979 г.), Основные принципы независимости суда (1985 г.), Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (1988 г.), Основные положения о роли адвокатов (1990 г.) и др.

В качестве доказательств общепризнанного характера нормы могут служить: а) фиксация нормы в международных документах; б) отсутствие протестов государств против ее общепризнанного характера; в) фактическое признание нормы (т.н. трансформация) законодательством достаточно представительного круга государств[2]. Согласно разъяснению Пленума Верховного Суда РФ «под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. Содержание указанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений»[3].

Из буквального толкования ч. 3 ст. 1 УПК можно было бы сделать вывод, что, несмотря на упоминание в первом предложении этой части общепризнанных принципов и норм международного права *наряду* с международными договорами, преимущественная сила перед законами РФ признается, однако, только за международными договорами. Но логическое толкование конституционных норм дает другой результат. На наш взгляд, общепризнанные принципы и нормы международного права, если они *касаются прав человека и гражданина*, в т.ч. и в области уголовного судопроизводства, *всегда* должны иметь приоритет над внутренними законами и являются непосредственно действующими. В самом деле, согласно ч. 1 ст. 17 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина гарантируются в РФ «согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией». Но поскольку в соответствии со ст. 18 Конституции РФ «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими», определяют «смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием», то непосредственно применяться, в т.ч. и судами, должны и закрепляющие эти права и свободы общепризнанные принципы и нормы международного права.

Наиболее близкое отношение к уголовному судопроизводству имеют следующие общепризнанные международно-правовые принципы:

— суверенного равенства государств;

— невмешательства во внутренние дела;

— неприменения силы и угрозы силой;

---

[1] См.: *Лукашук И.И.* Международное право. Общая часть. М., 1997. С. 74—82.

[2] См. там же.

[3] Постановление Пленума ВС РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // РГ. 02.12.2003. № 244.

— добросовестного выполнения государствами своих международных обязательств;

— межгосударственного сотрудничества и солидарности государств;

— гуманизма, уважения прав человека и справедливости.

Так, согласно принципам суверенного равенства и невмешательства во внутренние дела ни одно государство не вправе издавать законы либо производить действия, распространяющие его судебную юрисдикцию на территорию других государств без согласия последних. Например, должны считаться юридически ничтожными результаты процессуальных действий, совершенных следственными органами одного государства на территории другого, если это не предусмотрено соответствующим межгосударственным договором. Принцип неприменения силы и угрозы силой означает, что ни одно государство не может добиваться применения своего внутреннего права путем похищения или захвата лиц на территории другого суверенного государства либо требовать их выдачи под угрозой военных акций и т.п. Принцип добросовестного выполнения государствами международных обязательств проявляется в том, что положения национального уголовно-процессуального законодательства не могут служить основанием для отказа от выполнения международных обязательств. Если в законе имеются нормы, противоречащие международному договору, заключенному государством, то в силу данного принципа применяются нормы договора, а закон должен быть приведен в соответствие с международными обязательствами. Принцип межгосударственного сотрудничества и солидарности государств находит выражение, прежде всего, в широкой практике заключения международных договоров об оказании правовой помощи, в т.ч. и по уголовным делам.

К числу общепризнанных международно-правовых норм, касающихся уголовного процесса, следует, например, отнести нормы, устанавливающие:

1) недопустимость применения в уголовном процессе пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения или наказания, право на гуманное отношение и уважение достоинства личности (ст. 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.84 г.; принцип 6 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 43/173 от 09.12.88 г.);

2) запрет на выдачу лица другому государству, если: а) существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток или смертной казни; б) преступление, в отношении которого запрашивается выдача, рассматривается запрашиваемой стороной в качестве политического преступления либо имеются достаточные основания полагать, что запрос о выдаче имеет целью преследование или наказание лица в связи с его расой, религией, национальностью или политическими убеждениями либо за другое преступление, нежели то, которое было указано в запросе (ст. 3 Европейской конвенции о выдаче от13.12.57 г.);

3) недопустимость произвольного ареста или содержания под стражей: «Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом» (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Нью-Йорк, 19.12.66 г.; ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

4) право арестованного или задержанного на судебную проверку законности ареста или задержания в срочном порядке, т.е. без неоправданных проволочек, в течение разумного, достаточно краткого времени (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека; принципы 11, 32 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

5) право задержанного или арестованного на заявление ходатайства об уведомлении членов семьи или иных лиц по его выбору о факте задержания или ареста и о месте, в котором он содержится; право на посещение членами семьи и переписку с ними (принципы 16, 19 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

6) право задержанного или арестованного на проведение медицинского обследования (принципы 24—26 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

7) запрет на применение к задержанному таких методов расследования, которые нарушают его способность принимать решения или выносить суждения, в т.ч. запрет злоупотреблять положением задержанного с целью получения от него показаний против него самого или каких-либо других лиц (принцип 21 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

8) запрет на введение неоправданных ограничений в отношении задержанных или арестованных, не вызываемых непосредственной необходимостью с точки зрения целей задержания или ареста (принцип 36 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

9) право на компенсацию каждому, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей или незаконного осуждения (ст. 9, 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 4 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

10) право задержанного или обвиняемого быть подробно и в срочном порядке уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявляемого ему обвинения **(**п. 3 (а) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 (а) ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; принцип 10 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме**)**;

11) право каждого обвиняемого в уголовном преступлении считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону, т.е. презумпцию невиновности (ст. 11 Всеобщей декларации прав человека; п. 2 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 2 ст. 6 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

12) право лица на справедливое и гласное рассмотрение предъявляемого ему уголовного обвинения без неоправданной задержки на основе полного равенства компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (ст. 10 Всеобщей декларации прав человека; п. 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 1 ст. 6 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

13) право иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 «d» ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 «b» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

14) право на оказание квалифицированной юридической помощи со стороны компетентного адвоката (п. 6 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений и обращению с правонарушителями. Нью-Йорк, 1990 г.);

15) право на предоставление обвиняемому или подозреваемому безвозмездной помощи защитника и переводчика в случае, когда у него недостаточно средств для оплаты этого защитника или переводчика (п. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 «d» ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

16) право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (право на очную ставку) и право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него (п. «e» 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 «d» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

17) запрет на принуждение лица к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным и право лица на отказ от дачи таких показаний (п. «g» 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

18) право на пересмотр осуждения и приговора вышестоящей судебной инстанцией согласно закону (п. 5 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

19) правило *non bis in idem* (нельзя дважды за одно и то же — *лат.*), т.е. запрет на вторичное уголовное преследование и привлечение лица к уголовной ответственности за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан (п. 7 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

20) право каждого приговоренного к смертной казни обжаловать приговор в апелляционном порядке в суд высшей инстанции и подать прошение о помиловании, причем помилование или замена приговора могут быть предоставлены во всех случаях вынесения смертного приговора.(п. 6, 7 Мер, гарантирующих защиту прав тех, кто приговорен к смертной казни, одобренных 21 пленарным заседанием Экономического и Социального Совета ООН 25.05.84 г.) и др.

7. Коль общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры являются частью правовой системы России, следует иметь в виду правила взаимоотношений норм международного и внутреннего уголовно-процессуального права. Всякий раз, оценивая юридическую силу и значение этих норм в случае их конкуренции, необходимо учитывать следующее:

1) нормы международных договоров имеют приоритет над нормами внутреннего законодательства, т.е. в случае их коллизии применяются нормы международного договора, а не УПК и любых других законов (п. 4 ст. 15 Конституции РФ);

2) в соответствии с ч. 3 ст. 5 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» *непосредственно* могут действовать только положения международных договоров, удовлетворяющие одновременно следующим условиям: а) договор официально

опубликован; б) положения договора должны быть самоисполнимы, т.е. не нуждаться в издании внутригосударственных актов в целях их применения. Для осуществления иных положений международных договоров РФ должны приниматься соответствующие правовые акты. Так, например, упомянутая выше общепризнанная норма международного права о судебном обжаловании законности задержания в течение разумного срока самоисполнима и в принципе могла бы быть реализована даже без принятия дополнительных законов, а вот норма о праве на компенсацию ввиду незаконного задержания или ареста предполагает наличие законодательных норм, конкретизирующих виды и процедуру такой компенсации.

Пленум Верховного Суда РФ обращает внимание судов на то, что согласие на обязательность международного договора для РФ должно быть выражено в форме федерального закона, если указанным договором установлены иные правила, чем федеральным законом[1]. То есть речь идет лишь о ратифицированных международных договорах, которые после ратификации их федеральным законом применяются независимо от момента принятия таких законов. Согласно названному постановлению правила действующего международного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (абз. 2 п. 8 постановления). Положения межправительственного международного договора РФ не должны противоречить Конституции РФ, федеральным законам, указам Президента РФ. Федеральное министерство не вправе заключать межведомственный международный договор, положения которого противоречили бы не только Конституции РФ, федеральным законам, указам Президента РФ, но и правовым актам, принимаемым Правительством РФ. Однако при оценке названного постановления Пленума Верховного Суда РФ надо иметь в виду, что согласно ст. 27 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. государство «не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора». То есть по нормам международного права обязательства, вытекающие из международных договоров, должны быть исполнены, невзирая на положения внутреннего права[2].

8. Если отдельные отношения, возникающие в уголовном судопроизводстве, *прямо* не урегулированы нормами закона, то при определенных условиях допускается применение *аналогии* уголовно-процессуального *закона* или аналогии уголовно-процессуального *права*. Аналогия закона может иметь место тогда, когда на неурегулированное отношение распространяет действие законодательной нормы, регулирующей сходное правоотношение. Так, например, в УПК РФ, в отличие от ранее действовавшего законодательства (ст. 70 УПК РСФСР), нигде не сказано о том, что суд может *истребовать предметы и документы*. Подобное право по буквальному смыслу закона предоставлено лишь прокурору, следователю, органу дознания, дознавателю (ч. 4 ст. 21) и адвокату (ч. 3 ст. 86 УПК). В то же время суд вправе проводить следственные

---

[1] См. постановление Пленума ВС РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

[2] См.: *Зимненко Б.Л.* О применении норм международного права судами общей юрисдикции. М. : Статут; РАП, 2005.

и иные процессуальные действия (ч. 1 ст. 86 УПК). Представляется, что по аналогии с ч. 4 ст. 21 УПК РФ суд также может делать и запросы о предоставлении ему необходимых сведений, обязательные для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами.

Аналогия права применяется лишь в крайних случаях, когда нет уголовно-процессуальной нормы, подходящей для применения по аналогии закона. Тогда для урегулирования возникающих в процессе отношений могут применяться непосредственно общие начала и принципы уголовно-процессуального права. Примером широкого применения аналогии права в уголовном процессе могут служить многие решения Конституционного Суда РФ, которыми пробелы в законодательстве, вызванные признанием неконституционными ряда норм УПК, заполнены с помощью интерпретации общих правовых положений и принципов, содержащихся в Конституции РФ и нормах международного права.

СТАТЬЯ 2
ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА В ПРОСТРАНСТВЕ

1. Производство по уголовному делу на территории Российской Федерации независимо от места совершения преступления ведется в соответствии с настоящим Кодексом, если международным договором Российской Федерации не установлено иное.

2. Нормы настоящего Кодекса применяются также при производстве по уголовному делу о преступлении, совершенном на воздушном, морском или речном судне, находящемся за пределами территории Российской Федерации под флагом Российской Федерации, если указанное судно приписано к порту Российской Федерации.

1. Общий принцип действия уголовно-процессуального закона в пространстве таков: если производство по делу ведется на территории РФ, то независимо от того, где совершено преступление — на территории России или за ее пределами, применяется российский уголовно-процессуальный закон. Он опирается на общепризнанный международно-правовой принцип суверенного равенства государств. Оборотной стороной последнего является международный принцип невмешательства государств во внутренние дела друг друга. Применительно к рассматриваемому правилу он означает, что ни одно государство не вправе издавать законы либо производить действия, распространяющие свою судебную юрисдикцию на территорию других государств без согласия последних. Так, например, должны считаться юридически ничтожными результаты процессуальных действий, совершенных следственными органами одного государства на территории другого, если это не предусмотрено соответствующим международным договором. Для производства этих действий недостаточно даже выраженного согласия органов *исполнительной* власти другого государства (правительства, органов прокуратуры, юстиции, внутренних дел и т.д.), ибо они не уполномочены на то, чтобы делать исключения из закона, который практически во всех государствах закрепляет территориальный принцип применения уголовно-процессуальных норм. Создавать подобного рода изъятия — привилегия лишь закона или

международного права. Так, Конвенцией СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.93 г., а также двусторонними договорами о правовой помощи с такими государствами, как Болгария, Греция, КНДР, Куба, Латвия, Литва, Финляндия и т.д., при выполнении поручений о правовой помощи допускается применение на территории запрашиваемого государства иностранного законодательства, в т.ч. и процессуального, но только по просьбе запрашивающей стороны и если это не противоречит собственному законодательству запрашиваемой стороны.

2. Территория РФ включает в себя территории ее субъектов, внутренние воды и территориальное море, воздушное пространство над ними. Российская Федерация обладает суверенными правами и осуществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне РФ в порядке, определяемом ФЗ и нормами международного права (ст. 67 Конституции РФ). Водная, или морская территория государства по сравнению с сухопутными и воздушными территориями имеет, согласно международному праву, особый правовой режим, что отражается и на уголовно-процессуальной юрисдикции государств. Так, хотя Российская Федерация и обладает суверенитетом над своими внутренними водами, однако в настоящее время в международном праве сложился обычай, закрепленный в ряде соглашений по морскому торговому судоходству, который связан с отказом прибрежного государства от осуществления юрисдикции в отношении преступлений, совершенных на борту торгового судна, если они не затрагивают интересов этого государства или вообще не выходят за пределы судна. Так, согласно Договору, заключенному в 1972 г. между СССР и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, уголовная юрисдикция на борту торгового судна, находящегося в порту не своего государства, осуществляется, за исключением случаев совершения тяжкого преступления, лишь по просьбе или с согласия консульского должностного лица. Что касается военных судов, то они, согласно нормам международного права, всегда находятся под юрисдикцией своего государства. Суверенитет России распространяется и на ее территориальные воды. Поэтому производство по делам о преступлениях, совершенных на российских судах, находящихся в территориальных водах России, всегда ведется по российскому законодательству. Однако согласно ст. 19 Конвенции о территориальном море и прилежащей зоне, если иностранное судно пересекает территориальные воды без захода во внутренние воды (право мирного прохода), уголовная юрисдикция прибрежного государства на его борту не осуществляется. Исключение составляют случаи, когда последствия преступления распространяются на прибрежное государство, либо когда капитан судна или консул прибрежного государства обращается к властям прибрежного государства за помощью, либо это необходимо для пресечения торговли наркотиками.

Таким образом, положения ч. 2 комм. статьи следует понимать ограничительно. Они справедливы, только когда: а) преступление совершено на российском военном судне; в) преступление совершено на российском судне в открытом море; г) российское судно использует право мирного прохода через чужие территориальные воды без захода во внутренние воды; д) российское судно хотя и находится во внутренних водах иностранного государства, однако согласно международному договору преступление, совершенное на борту российского судна, подпадает под юрисдикцию России.

3. Согласно существующим правилам судно приобретает право плавания под флагом РФ при условии его регистрации в Государственном судовом реестре и судо-

вой книге российского порта. Внесение судна в Государственный судовой реестр удостоверяется выдачей свидетельства о праве плавания под Государственным флагом России (судовой патент) и свидетельства о праве собственности на судно, а регистрация в судовой книге — выдачей судового билета.

СТАТЬЯ 3
ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА В ОТНОШЕНИИ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН И ЛИЦ БЕЗ ГРАЖДАНСТВА

1. Производство по уголовным делам о преступлениях, совершенных иностранными гражданами или лицами без гражданства на территории Российской Федерации, ведется в соответствии с правилами настоящего Кодекса.

2. Процессуальные действия, предусмотренные настоящим Кодексом, в отношении лиц, обладающих правом дипломатической неприкосновенности, производятся лишь по просьбе указанных лиц или с их согласия, которое испрашивается через Министерство иностранных дел Российской Федерации.

1. Иностранный гражданин — физическое лицо, не являющееся гражданином РФ и имеющее доказательства наличия гражданства (подданства) иностранного государства; лицо без гражданства — физическое лицо, не являющееся гражданином РФ и не имеющее доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства (ст. 2 ФЗ от 25.07.2002 г. «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», в ред. от 18.07.2006 г.).

2. В части 1 комм. статьи буквально говорится лишь о применении норм УПК в отношении иностранных граждан или лиц без гражданства, подозреваемых или обвиняемых *в совершении преступлений* в России. Однако реальное содержание данной нормы шире. Как правило, по российскому закону процессуальные действия проводятся в отношении иностранцев и лиц без гражданства, даже если они являются не обвиняемыми и подозреваемыми, а другими участниками уголовного судопроизводства (потерпевшими, свидетелями и т.д.). Кроме того, из содержания данной нормы (скорее всего из-за неправильно поставленной запятой) следует, что речь идет о лицах, совершивших преступления «*на территории Российской Федерации*». Однако в ряде случаев действие российского уголовно-процессуального закона распространяется на иностранных граждан и лиц без гражданства и тогда, когда они совершили преступление *не на российской территории*. В законодательстве и судебной практике многих государств, в т.ч. России (ч. 3 ст. 12 *УК*), признается *принцип защиты и безопасности,* согласно которому государство вправе привлечь к уголовной ответственности на своей территории и по своим законам любое лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления против его интересов или интересов его граждан *вне территории* данного государства. Кроме того, экстерриториальная юрисдикция может осуществляться также в силу принципа *универсальности*, согласно которому юрисдикция государства на основе международного права распространяется на некоторые преступления независимо от гражданства подозреваемых или обвиняемых в них лиц и от мест, где они совершены. Это такие преступления, как апартеид, терроризм и некоторые другие (Конвенция о пресечении преступлений апартеида и наказа-

нии за него от 30.11.73 г., Европейская конвенция о борьбе с терроризмом от 27.01.77 г. и т.д.).

3. Международное право предусматривает следующие группы лиц, обладающих иммунитетом от уголовной юрисдикции РФ и правом на личную неприкосновенность[1]:

1) *сотрудники дипломатических представительств*. Согласно Венской конвенции о дипломатических сношениях от 18.04.61 г. главы дипломатических представительств (посол, посланник и поверенный в делах), члены дипломатического персонала представительств (советники, торговые представители и их заместители, военные атташе и их помощники, первые, вторые и третьи секретари, атташе, секретари-архивисты) и члены их семей, проживающие вместе с ними, если они не являются российскими гражданами, пользуются абсолютным иммунитетом от уголовной юрисдикции РФ. Такой же иммунитет имеют члены административно-технического персонала представительства и их семьи, если они не являются гражданами России или не проживают в РФ постоянно (ст. 37 Конвенции 1961 г.). Указанные лица пользуются полным иммунитетом от уголовной юрисдикции: они не могут быть привлечены к уголовной ответственности в государстве пребывания, не могут быть арестованы или задержаны, помещение дипломатического представительства, так же как и частная резиденция дипломата, пользуется неприкосновенностью, они не обязаны давать показаний в качестве свидетелей или участвовать в каких-либо других процессуальных действиях при условии, если от иммунитета не откажется аккредитующее (т.е. представляемое ими) государство. Члены обслуживающего персонала представительства, если они не являются российскими гражданами или не проживают в России постоянно, также пользуются иммунитетом, который, однако, распространяется только на те действия, которые совершены ими при исполнении своих служебных обязанностей. Частные домашние работники в РФ уголовно-процессуальным иммунитетом, как правило, не обладают, но по принципу взаимности в отношениях с конкретным государством дипломатические привилегии и иммунитеты могут быть распространены и на них. Кроме того, личную неприкосновенность имеют дипломатические курьеры (ст. 27 Конвенции о дипломатических сношениях, ст. 12, 13, 18 Положения о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР 1966 г.);

2) *главы иностранных государств и правительств, министры иностранных дел, члены их семей; члены специальных миссий.* Статья 39 Венской конвенции о специальных миссиях 1969 г. распространяет иммунитет также на членов семей представителей посылающего государства, членов специальных миссий и семей ее дипломатического персонала при следующих условиях: а) если они сопровождают членов специальной миссии; б) если они не являются гражданами принимающего государства или не проживают в нем постоянно. Члены семей административно-технического персонала специальной миссии, когда они сопровождают специальную миссию, пользуются иммунитетом, если не являются гражданами принимающего государства или не проживают в нем постоянно;

3) *работники консульских учреждений.* Обычно к их числу относят: а) главу консульства (генеральный консул, консул, вице-консул и консульский агент, являющиеся

---

[1] См.: *Бирюков П.Н.* Нормы международного уголовно-процессуального права в правовой системе Российской Федерации. Воронеж, 2000. С. 228.

руководителями консульства); б) консульских должностных лиц (любое лицо, включая главу консульства, которому поручено в этом качестве выполнение консульских функций); в) консульских служащих (лица, не являющиеся консульскими должностными лицами и выполняющие в консульстве административные или технические функции), г) работники обслуживающего персонала. Однако поскольку Россия участвует не только в многосторонней Венской конвенции о консульских сношениях от 24.04.63 г., но и в двусторонних консульских конвенциях, нормы которой часто расходятся с положениями Конвенции 1963 г., то международно-правовой статус лиц, пользующихся иммунитетами, может существенно различаться. Например, согласно ст. 1 Конвенции 1963 г., ст. 1 Консульской конвенции между РФ и Азербайджанской Республикой 1995 г. и ст. 1 Консульской конвенции между РФ и Латвийской Республикой 1994 г. сотрудники консульских учреждений подразделяются на три группы: консульские должностные лица; административно-технический персонал; обслуживающий персонал. В то же время Консульская конвенция между СССР и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии 1965 г., Консульская конвенция между СССР и США 1964 г., Консульская конвенция между СССР и Японией 1966 г. устанавливают только две категории: консульские должностные лица и иные сотрудники учреждения. В соответствии со ст. 1 Консульской конвенции между СССР и США 1964 г., ст. 1 Консульской конвенции между СССР и Французской Республикой 1966 г. к консульским должностным лицам отнесены также стажеры, т.е. лица, прикомандированные к консульскому учреждению для обучения консульской службе. Статья 5 Консульского договора между СССР и ФРГ 1958 г. к числу консульских должностных лиц причисляет «секретарей и референтов, уполномоченных на осуществление определенных должностных консульских функций, фамилии которых сообщены в этом качестве государству пребывания консула».

Объем иммунитета сотрудников консульских учреждений, установленный конвенциями, также различается:

а) согласно одним конвенциям *все консульские должностные лица, а также все работники консульского учреждения* — граждане представляемого государства — приравнены в этом отношении к *дипломатическим агентам* (ст. 18 Консульской конвенции между РФ и Республикой Грузией 1993 г., ст. 14 Консульской конвенции между РФ и Республикой Казахстан 1994 г., ст. 19 Консульской конвенции между СССР и США 1964 г.). Члены семей консульских должностных лиц или сотрудников консульств указанных государств неприкосновенны в той же степени, что и консульские должностные лица или сотрудники консульства, если они проживают вместе с ними и не являются гражданами РФ (ст. 15 Консульской конвенции между СССР и Республикой Боливия 1980 г.);

б) другие конвенции предоставляют дипломатический иммунитет только *консульским должностным лицам* и членам их семей (ст. 18 Консульской конвенции между РФ и Азербайджанской Республикой 1995 г., ст. 35 Консульской конвенции между РФ и Украиной 1993 г.). Статья 36 Консульской конвенции между РФ и Украиной 1993 г. гласит, что консульские служащие и работники обслуживающего персонала консульств Украины не подлежат российской юрисдикции лишь в отношении действий, совершаемых ими при выполнении своих служебных обязанностей;

в) иногда полный иммунитет от уголовной юрисдикции РФ имеют только *главы* консульских учреждений (ст. 10 Консульской конвенции между СССР и Королевством

Бельгии 1972 г.) или *главы* консульских учреждений и члены их семей (ст. 15 Консульской конвенции между СССР и Королевством Норвегии 1971 г.). Прочие консульские должностные лица могут быть подвергнуты аресту при условии предъявления им обвинения в совершении тяжкого преступления либо на основании вступившего в законную силу приговора суда. При этом тяжким преступлением считается умышленное преступление, за которое предусматривается тюремное заключение на срок не менее 5 лет или более серьезное наказание (ст. 10 Консульской конвенции между СССР и Королевством Бельгии 1972 г.);

г) в некоторых случаях консульские должностные лица и сотрудники консульского учреждения, являющиеся гражданами аккредитующего государства, не подлежат российской юрисдикции лишь *в части их служебной деятельности* (ст. 15 Консульской конвенции между СССР и Мексиканскими Соединенными Штатами 1978 г.). В остальном консул и должностные лица консульской службы могут быть арестованы или подвергнуты иному ограничению свободы в порядке исполнения вступившего в законную силу приговора суда либо преследования за совершение уголовного преступления против жизни или личной свободы при условии, если провинившийся застигнут на месте преступления (ст. 8 Консульского договора между СССР и ФРГ 1958 г.). По ст. 18 Консульской конвенции между СССР и Швецией 1967 г. консульское должностное лицо не подлежит ни аресту, ни лишению свободы в любой другой форме до и во время судебного процесса в отношении действий, совершенных им не при исполнении служебных обязанностей, если только оно не обвиняется в совершении тяжкого преступления, за которое в соответствии с законодательством государства пребывания предусмотрено наказание в виде лишение свободы на срок не менее 5 лет;

д) некоторые конвенции устанавливают обязанность государства пребывания консула заранее поставить в известность посольство государства, назначившего консула о том, что консул или должностное лицо консульской службы должно быть арестовано или в отношении него должно быть возбуждено уголовное преследование. В случае задержания консула или должностного лица консульской службы на месте преступления государство пребывания консула обязано немедленно после задержания поставить об этом в известность посольство государства, назначившего консула (ст. 8 Консульского договора между СССР и ФРГ 1958 г.);

е) если консульское соглашение с государством у РФ отсутствует, должны применяться ст. 31, 33, 41, 44 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. и ст. 25 Положения о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств на территории СССР 1966 г., согласно которым консульские должностные лица обладают личной неприкосновенностью и не могут быть задержаны или арестованы иначе как в случае преследования за совершение тяжкого преступления или исполнения вступившего в силу приговора суда. Они пользуются иммунитетом лишь в том, что касается их служебной деятельности. На прочих сотрудников консульских учреждений иммунитет не распространяется. Консульские помещения неприкосновенны в той их части, которая используется для работы консульского учреждения. Власти государства пребывания не могут вступить туда без согласия главы консульского учреждения, назначенного им лица или главы дипломатического представительства. Консульские архивы и документы неприкосновенны в любое время и независимо от их местонахождения;

4) *сотрудники международных организаций.* На основании ст. 30 Положения о дипломатических и консульских представительствах иностранных государств иммунитеты, предоставляемые на территории РФ международным организациям и их должностным лицам, определяются международными договорами. Различают полный и функциональный иммунитет сотрудников международных организаций.

Полным иммунитетом во время выполнения официальных функций обладают обычно сотрудники универсальных, а также крупнейших региональных организаций. Например, разд. 8 ст. IX Статей соглашения Международного валютного фонда 1944 г. устанавливает, что все управляющие, исполнительные директора, их заместители, члены комитетов, представители, советники всех названных лиц, должностные лица и служащие Фонда имеют иммунитет от юрисдикции в отношении их действий при исполнении своих официальных обязанностей. Согласно ст. XII Соглашения между Правительством РФ и ООН об учреждении в РФ Объединенного представительства ООН 1993 г. должностные лица ООН не подлежат в России ответственности за сказанное или написанное ими, а также за все действия, совершенные ими в качестве должностных лиц. Положением об Экономическом Суде СНГ 1992 г. иммунитетом обладают судьи Экономического Суда СНГ.

Функциональный иммунитет распространяется лишь на действия, совершенные соответствующими лицами в официальном качестве. В соответствии с п. 6 Соглашения о сотрудничестве между Правительством РФ и Международной организацией по миграции 1992 г. сотрудники Организации имеют иммунитет «от личного ареста или задержания, судебного преследования в отношении высказанного в устной или письменной форме и всех действий, совершаемых ими в их официальном качестве». Подобная же норма действует в отношении должностных лиц и сотрудников Постоянного представительства МБРР в РФ (ст. XII Соглашения между РФ и Международным банком реконструкции и развития и Постоянном представительстве МБРР в РФ 1996 г.), в отношении персонала Бюро Международной организации труда (ст. 12 Соглашения между Правительством РФ и МОТ с Бюро МОТ в Москве 1997 г.) и т.д.;

5) *представители государств при международных организациях.* Правовой статус представительств государств при международных организациях регулируется уставами этих организаций, соглашениями о привилегиях и иммунитетах, Венской конвенцией о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. и т.д. Различные категории сотрудников представительств имеют разный объем иммунитета. Полным иммунитетом обладают представители государств в главных и вспомогательных органах ООН, на конференциях, созываемых ООН, при исполнении ими своих служебных обязанностей и во время поездки к месту заседания и обратно (разд. 11 Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций 1946 г.). Согласно Венской конвенции 1975 г. полным иммунитетом обладают главы представительств, члены дипломатического персонала; члены семьи сотрудника дипломатического персонала представительства, если они не являются гражданами государства пребывания или не проживают в нем постоянно; члены административно-технического персонала представительства и члены их семей, если они не являются гражданами государства пребывания или не проживают в нем постоянно. Работники обслуживающего персонала, не являющиеся гражданами государства пребывания или не проживающие в нем постоянно, пользуются иммунитетом только в отношении действий, совершенных ими при исполнении

своих обязанностей. Частные домашние работники сотрудников представительства защищаются иммунитетом в том объеме, в котором это допускает государство пребывания.

Соглашение между Правительством РФ и Межпарламентской Ассамблеей государств — участников Содружества Независимых Государств об условиях ее пребывания на территории Российской Федерации 1998 г. предоставляет иммунитеты должностным лицам Ассамблеи;

6) *военные наблюдатели, инспектора и члены летных экипажей.*. Международные документы предусматривают дипломатический иммунитет наблюдателей, инспекторов и членов инспекционных групп. Иммунитет предоставляется на весь период пребывания на территории наблюдаемой стороны в отношении действий, совершенных ими при осуществлении своих официальных функций. Так, согласно Итоговому документу Стокгольмской конференции по мерам укрепления доверия и безопасности и разоружению в Европе 1986 г. наблюдатели и инспектора, проверяющие соблюдение мер доверия, пользуются иммунитетами, которые предоставлены дипломатическим представителям Венской конвенцией о дипломатических сношениях 1961 г. Сходные иммунитеты у инспекторов и членов летных экипажей (п. 6 разд. III Протокола об инспекциях в связи с Договором между СССР и США о ликвидации их ракет средней дальности и меньшей дальности 1987 г., ст. XIII Договора по открытому небу 1992 г.);

7) *лица из состава коллективных сил по поддержанию мира и безопасности*. Статья 1 Конвенции о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала 1994 г. причисляет к «персоналу ООН»: лиц, привлеченных или направленных Генеральным секретарем ООН в качестве членов военного, полицейского или гражданского компонентов операции ООН; других должностных лиц и экспертов, командированных ООН или ее специализированными учреждениями или МАГАТЭ, находящихся в районе проведения операции ООН в официальном качестве. В категорию «связанный с ООН персонал» Конвенция включает: лиц, назначенных правительством или межправительственной организацией с согласия компетентного органа ООН; лиц, привлеченных Генеральным секретарем ООН или специализированным учреждением или МАГАТЭ; лиц, направленных гуманитарной неправительственной организацией или гуманитарным учреждением в соответствии с соглашением с Генеральным секретарем ООН или со специализированным учреждением или МАГАТЭ для осуществления деятельности в поддержку выполнения мандата операции ООН. Обычно между принимающим государством и ООН имеется соглашение о статусе операции ООН и всего задействованного в операции персонала, в т.ч. положение о привилегиях и иммунитетах военного и полицейского компонентов операции;

8) *граждане иностранных государств, пользующиеся иммунитетом на основании отдельных международных договоров.* По Конвенции о помощи в случае аварии или радиационной аварийной ситуации 1986 г. запрашивающее помощь государство предоставляет членам оказывающего помощь персонала иммунитет от ареста, задержания и судебного разбирательства со стороны обратившегося за помощью государства за те действия (или бездействие), которые совершены ими при выполнении своих функций;

9) *лица, прибывающие в Российскую Федерацию по вызову правоохранительных органов.* Обычно вызов делается для производства с участием этих лиц различного

рода процессуальных действий. Независимо от наличия у них иностранного или российского гражданства такие лица не могут привлекаться к уголовной ответственности, взяты под стражу и подвергнуты наказанию за деяние, совершенное до пересечения государственной границы РФ (ст. 4 Договора между РФ и КНР 1992 г., ст. 12 Договора между РФ и Азербайджанской Республикой 1992 г., ст. 9 Конвенции СНГ 1993 г.). Их нельзя привлечь к ответственности, заключить под стражу или подвергнуть наказанию также и в связи с их свидетельскими показаниями или экспертными заключениями, данными по уголовному делу, являющемуся предметом разбирательства (ст. 12 Договора между РФ и Латвийской Республикой 1993 г., ст. 12 Договора между РФ и Эстонской Республикой 1993 г. и др.). Правительственным российско-американским соглашением о сотрудничестве по уголовно-правовым вопросам 1995 г. предусмотрено, что в случае просьбы, заявленной российскими правоохранительными органами о явке лица, находящегося на территории США, для дачи показаний в Россию, этому лицу властями США направляется предложение добровольно явиться в российские правоохранительные органы. При этом российская сторона обязана указать объем гарантий личной неприкосновенности данного лица. Такой иммунитет имеет срочный характер. Обычно он прекращает действие, если указанные лица в течение 15 (иногда 30) дней с момента уведомления о том, что их присутствие не является необходимым, не покинут территорию России (ст. 10 Договора между СССР и Финляндской Республикой 1978 г., ст. 12 Договора между РФ и Республикой Молдова 1993 г., ст. 12 Договора между РФ и Исламской Республикой Иран 1996 г., ст. 11 Договора между РФ и Канадой 1997 г. и т.д.).

4. В международном праве существует общее правило, сформулированное в ст. 32 Конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., ст. 45 Конвенции о консульских сношениях 1963 г., ст. 41 Конвенции о специальных миссиях 1969 г., ст. 31 Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. и т.д., согласно которому отказ от иммунитета в отношении представителя государства есть исключительное право лишь аккредитующего государства, *но не самого дипломатического агента*. Причем отказ должен быть всегда ясно выраженным. Так, Конвенция о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН 1947 г. (разд. 22) предусматривает, что специализированное учреждение имеет право и обязано отказаться от иммунитета, предоставленного любому его должностному лицу, когда, по мнению данного специализированного учреждения, иммунитет препятствует отправлению правосудия и если отказ от иммунитета может быть произведен без ущерба для интересов специализированного учреждения.

В статье 3 не урегулирован вопрос об отказе от дипломатического иммунитета, однако, исходя из названных норм международных договоров РФ, следует признать, что правоохранительные органы РФ не могут возбудить или обязаны прекратить уголовное дело в отношении лица, пользующегося таким иммунитетом, за исключением случаев, когда *иностранное государство или международная организация* дают ясно выраженное согласие на привлечение этого лица к уголовной ответственности.

5. К лицам, обладающим полным свидетельским иммунитетом, принадлежат:

Сотрудники дипломатических представительств, главы иностранных государств и правительств, министры иностранных дел, сопровождающие их члены семей, а также представители посылающего государства в специальных миссиях

и члены их дипломатического персонала. Дипломатические агенты не обязаны давать показания в качестве свидетелей. В случае согласия давать показания дипломаты не обязаны являться в судебные и следственные органы. То же относится и к сотрудникам административно-технического персонала и членам их семей, проживающих вместе с ними и не являющихся российскими гражданами. Главы иностранных государств и правительств, министры иностранных дел, сопровождающие их члены семей, а также представители посылающего государства в специальных миссиях и члены их дипломатического персонала также могут не давать свидетельских показаний.

Работники консульских учреждений. Если эти лица приравнены по иммунитетам к дипломатическим агентам, на них распространяется полный свидетельский иммунитет. Однако в ряде консульских конвенций (ст. 18 Консульской конвенции между СССР и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии 1965 г., ст. 33 Консульского договора между СССР и КНР 1986 г. и др.) устанавливается, что сотрудник консульства может дать свидетельские показания, хотя и вправе при этом отказаться давать показания об обстоятельствах, касающихся служебной деятельности, а также по законодательству представляемого государства. Запрещаются меры по принуждению консульского должностного лица или сотрудника консульства к даче показаний или явке с этой целью в суд, а также привлечение его к ответственности в случае отказа от дачи показаний или уклонения от явки в суд. То же относится к членам семей консульских должностных лиц или сотрудников консульства, если они проживают вместе с ними и не являются российскими гражданами (ст. 29 Консульской конвенции между РФ и Латвийской Республикой 1994 г.).

Сотрудники международных организаций. Свидетельский иммунитет всегда предоставлен им лишь в отношении их служебных обязанностей, в отношении же прочих действий — только в определенных случаях. Например, согласно ст. 12 Устава Организации Черноморского экономического сотрудничества 1998 г. «Генеральный секретарь Организации пользуется такими же привилегиями, иммунитетами и льготами, которые предоставлены главам дипломатических миссий, аккредитованным в Российской Федерации. Заместители и помощники Генерального секретаря пользуются привилегиями, иммунитетами и льготами, предоставленными дипломатическим агентам сопоставимого ранга».

Представители государств при международных организациях. В Уставе Совета Европы 1949 г. сказано, что представители государств-членов в Совете Европы «пользуются на территории членов такими привилегиями и иммунитетами, которые разумно необходимы для выполнения ими своих обязанностей. Эти иммунитеты включают иммунитет для всех представителей в Консультативной Ассамблее в отношении всех юридических процедур на территории всех членов в связи с высказываниями и голосованием в ходе работы Ассамблеи, ее комитетов или комиссий».

Военные наблюдатели, инспектора и члены летных экипажей. Обычно эти лица пользуются полным свидетельским иммунитетом. В соответствии с приложением II к Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении 1993 г. членам инспекционной группы даны те же иммунитеты, что и дипломатическим агентам.

Лица из состава Коллективных сил по поддержанию мира в СНГ. Согласно п. 39 Положения 1996 г. об этих силах в период прохождения службы эти лица пользуется такими же иммунитетами, которые предоставляются персоналу ООН при проведе-

нии операций по поддержанию мира в соответствии с Конвенцией о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций 1946 г., Конвенцией о безопасности ООН и связанного с ней персонала 1994 г., Протоколом о статусе Групп военных наблюдателей и Коллективных сил по поддержанию мира в СНГ 1992 г.

Иностранные граждане по отдельным соглашениям. Свидетельский иммунитет определяется для этих лиц содержанием конкретных соглашений. Например, ст. IX Соглашения между РФ и США относительно безопасных и надежных мер перевозки, хранения и уничтожения оружия и предотвращения распространения оружия 1992 г. государственным служащим США, находящимся на территории РФ для осуществления деятельности, связанной с Соглашением, предоставляются те же иммунитеты, которые имеет административно-технический персонал на основании Конвенции о дипломатических сношениях 1961 г.

Частичным свидетельским иммунитетом пользуются:

Отдельные категории сотрудников дипломатических представительств:

а) члены административно-технического и обслуживающего персонала дипломатического представительства, если они являются российскими гражданами или постоянно проживают в РФ;

б) члены обслуживающего персонала дипломатических представительств, за исключением лиц, которым такая привилегия в РФ предоставлена на основе взаимности.

Сотрудники консульских представительств, которые не приравнены к дипломатическим агентам. Работники консульского учреждения не обязаны давать показания по вопросам, связанным с выполнением ими своих функций, или представлять относящуюся к их функциям официальную корреспонденцию и документы. Во всех прочих случаях работники консульского учреждения не вправе отказываться давать показания. Но если консульское должностное лицо отказывается давать показания, никакие меры принуждения или наказания к нему применены быть не могут.

Члены административно-технического и обслуживающего персонала специальных миссий, сотрудники международных организаций. Эти лица обычно пользуются лишь частичным свидетельским иммунитетом, кроме тех случаев, когда они приравниваются к дипломатическим агентам.

6. Помещения, занимаемые представительствами иностранных государств, жилые помещения членов дипломатического персонала, имущество, находящееся у них, и средства перемещения неприкосновенны. Доступ в эти помещения, в частности, с целью проведения обыска, выемки, задержания и ареста, наложения ареста на имущество правомерны только с согласия главы представительства или лица, его заменяющего, причем такое согласие испрашивается только через Министерство иностранных дел РФ. На основе взаимности этот режим распространяется также на жилые помещения, занимаемые сотрудниками административно-технического и обслуживающего персонала представительств и членами их семей, которые проживают совместно с ними, если эти сотрудники и члены их семей не являются гражданами РФ или не проживают здесь постоянно. Обыск, выемка и арест в упомянутых помещениях производятся с участием прокурора и в присутствии представителя министерства иностранных дел соответствующего государства.

Однако круг представительств и частных резиденций, освобожденных от обысков и выемок, не ограничивается лишь дипломатическими помещениями. Доступ

и принудительные действия без получения соответствующего разрешения запрещены также в отношении помещений и имущества:

— консульских представительств и частных резиденций их сотрудников (ст. 31 Конвенции 1963 г., ст. 21 Положения 1966 г.); специальных миссий (ст. 25, 30 Конвенции 1969 г.);

— международных организаций (разд. 5 Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений 1947 г., ст. V и VI Конвенции о правовом статусе, привилегиях и иммунитетах межгосударственных экономических организаций, действующих в определенных областях сотрудничества, 1980 г. и т.д.);

— представительств государств при международных организациях (ст. 23 Конвенции 1975 г.);

— групп наблюдателей, инспекторов и членов летных экипажей (Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении 1993 г., Положение о коллективных силах по поддержанию мира в СНГ 1996 г. и др.);

Не только обыск или выемка не могут производиться в отношении учреждений и лиц, пользующихся неприкосновенностью. Согласно ст. 22 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. помещения дипломатического представительства, предметы их обстановки и другое находящееся в них имущество, средства передвижения представительства пользуются иммунитетом также от реквизиции, ареста и исполнительных действий. Архивы, документы и официальная переписка дипломатических и консульских представительств неприкосновенны. Дипломатическая почта не подлежит ни вскрытию, ни задержанию. Аналогичные положения содержатся в ст. 25 Конвенции о специальных миссиях 1969 г., ст. 31 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. и т.д.

7. О том, что лицо пользуется дипломатическим иммунитетом, может свидетельствовать наличие у него дипломатического паспорта, а также выданной МИД РФ дипломатической карточки установленного образца, служебной карточки или служебного удостоверения с соответствующим штампом.

8. В случае если лицо, обладающее дипломатическим иммунитетом, заявляет о совершении в отношении него преступления, то сам по себе этот факт еще не означает получения надлежащего согласия на проведение с участием данного лица всех необходимых процессуальных действий. Если через МИД РФ не получено надлежащее согласие на проведение процессуальных действий в отношении дипломата, необходимо провести *без его участия* неотложные и другие следственные действия, которые не затрагивают дипломатического иммунитета.

На практике согласие на выполнение процессуальных действий с лицами, обладающими дипломатическим иммунитетом, следователи иногда получают через сотрудников МИДа РФ по телефону, после чего составляют и приобщают к делу справку о том, каким образом испрашивалось согласие и кто давал разрешение. Однако такой способ получения согласия не обеспечивает его достаточной надежности и потому может иметь неблагоприятные внешнеполитические последствия. Кроме того, следователь вправе лишь истребовать *иные документы* у других лиц (ч. 4 ст. 21 УПК), но не должен создавать их сам. Представляется, что следователь (дознаватель) должен запросить официальные документы из МИДа РФ, содержащие сведения о согласии аккредитующего государства (в лице его полномочных представителей) на про-

ведение соответствующих процессуальных действий в отношении представляющего это государство дипломата. В неотложной следственной ситуации следователь после удостоверения личности дипломата должен немедленно принять меры к вызову на место происшествия представителя МИДа РФ и через него — полномочных представителей соответствующих дипломатических представительств, консульств и т.д. По прибытии этих должностных лиц решается вопрос о получении надлежащего согласия на проведения следственных действий в отношении дипломата, о чем делается запись в протоколе соответствующего следственного действия, которая удостоверяется подписями присутствующих лиц, с указанием должности и документов, удостоверяющих их личность и полномочия (дипкарточки, служебные удостоверения).

СТАТЬЯ 4
ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ

При производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства соответствующего процессуального действия или принятия процессуального решения, если иное не установлено настоящим Кодексом.

1. Нормы о действии уголовно-процессуального закона во времени охватывают две разные группы вопросов: а) о времени вступления закона в силу и прекращения его действия; б) о применении норм уголовно-процессуального закона в случае изменений в законодательстве по делам, возникшим до момента принятия нового закона.

2. Как и другие законы, уголовно-процессуальный закон вступает в силу по истечении 10 дней после его официального опубликования, если в самом законе не установлен иной порядок его введения в действие (ФЗ от 14.06.94 г. «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» с изм. и доп. от 22.10.99 г.). Официальным опубликованием ФЗ является первая публикация его полного текста в «Парламентской газете», «Российской газете» или «Собрании законодательства Российской Федерации». Прекращение действия закона определяется либо отменой этого закона, либо принятием нового закона, отменяющего старый, либо истечением времени его действия, если оно так или иначе указано в законе, либо признанием его неконституционным решением Конституционного Суда РФ.

3. Комм. статьей установлено, что «при производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства соответствующего процессуального действия или принятия процессуального решения, если иное не установлено настоящим Кодексом». Данное положение имеет практический смысл лишь при изменении уголовно-процессуального закона в момент ведения производства по делу, когда встает вопрос о том, продолжать применять по этому, уже начатому делу старый закон или надо применить новый — иначе регулирующий те же процессуальные отношения. Общее правило таково — прежний процессуальный закон прекращает применяться в производстве по делу после введения в действие нового.

Показательным в этом плане является следующий пример из судебной практики. Судья 28.06.2002 г. отказывает обвиняемым на рассмотрение их дела судом с участием присяжных заседателей, т.к. это право по УПК у них возникает лишь 01.07.2002 г. и назначает дело к рассмотрению с участием народных заседателей на 10.07.2002 г. Президиум Верховного Суда РФ признает действия судьи ошибочными, т.к. с 01.07.2002 г. судье было нужно руководствоваться новым УПК и удовлетворить ходатайство обвиняемых[1]. В другом своем решении Президиум Верховного Суда РФ признает допустимым протокол осмотра места происшествия, в котором участвовали несовершеннолетние понятые, т.к. на момент производства осмотра действовала ст. 135 УПК РСФСР 1960 г., которая не содержала запрета участия таких лиц в качестве понятых[2].

4. Новый уголовно-процессуальный закон, в отличие от материального уголовного закона, не имеет *обратной силы* — даже в случае, если он устанавливает правила, более благоприятные для тех или иных участников судопроизводства. Иначе говоря, уже совершенные по делу процессуальные действия и принятые акты не переделываются под новый закон, т.е. *поворот процесса* невозможен. Это объясняется, главным образом, тем, что при повороте процесса было бы практически невозможно заново собрать многие доказательства и произвести некоторые важные процессуальные действия. Однако в новом законе или законе о введении его в действие могут быть установлены (либо вытекать из него по смыслу) отдельные исключения из этого правила. Так, согласно ст. 10 Закона «О введение в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (в ред. ФЗ от 29.05.2002 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации») с 01.07.2002 г. в действие введены нормы, предусматривающие судебный порядок применения заключения под стражу, продления срока содержания под стражей, помещения подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы. Однако те из указанных решений, которые были приняты с санкции прокурора до 01.07.2002 г., продолжали свое действие в пределах того процессуального срока, на который были избраны.

СТАТЬЯ 5
ОСНОВНЫЕ ПОНЯТИЯ, ИСПОЛЬЗУЕМЫЕ В НАСТОЯЩЕМ КОДЕКСЕ

Если не оговорено иное, основные понятия, используемые в настоящем Кодексе, имеют следующие значения:

1) алиби — нахождение подозреваемого или обвиняемого в момент совершения преступления в другом месте;

2) апелляционная инстанция — суд, рассматривающий в апелляционном порядке уголовные дела по жалобам и представлениям на не вступившие в законную силу приговоры и постановления суда;

---

[1] См. постановление Президиума ВС РФ от 4.06.2003 г. // БВС РФ. 2003. № 12.

[2] См. постановление Президиума ВС РФ от 21.01.2004 г. // БВС РФ. 2004. № 8.

3) близкие лица — иные, за исключением близких родственников и родственников, лица, состоящие в свойстве с потерпевшим, свидетелем, а также лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений;

4) близкие родственники — супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки;

5) вердикт — решение о виновности или невиновности подсудимого, вынесенное коллегией присяжных заседателей;

6) государственный обвинитель — поддерживающее от имени государства обвинение в суде по уголовному делу должностное лицо органа прокуратуры, а по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, также дознаватель или следователь;

7) дознаватель — должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания осуществлять предварительное расследование в форме дознания, а также иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом;

8) дознание — форма предварительного расследования, осуществляемого дознавателем (следователем), по уголовному делу, по которому производство предварительного следствия необязательно;

9) досудебное производство — уголовное судопроизводство с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд для рассмотрения его по существу;

10) жилище — индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания;

11) задержание подозреваемого — мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем или прокурором на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления;

11.1) заключение суда — вывод о наличии или об отсутствии в действиях лица, в отношении которого применяется особый порядок производства по уголовному делу, признаков преступления;

12) законные представители — родители, усыновители, опекуны или попечители несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого либо потерпевшего, представители учреждений или организаций, на попечении которых находится несовершеннолетний подозреваемый, обвиняемый либо потерпевший, органы опеки и попечительства;

13) избрание меры пресечения — принятие дознавателем, следователем, прокурором, а также судом решения о мере пресечения в отношении подозреваемого, обвиняемого;

14) кассационная инстанция — суд, рассматривающий в кассационном порядке уголовные дела по жалобам и представлениям на не вступившие в законную силу приговоры, определения и постановления судов первой и апелляционной инстанций;

14.1) контроль телефонных и иных переговоров — прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм;

15) момент фактического задержания — момент производимого в порядке, установленном настоящим Кодексом, фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления;

16) надзорная инстанция — суд, рассматривающий в порядке надзора уголовные дела по жалобам и представлениям на вступившие в законную силу приговоры, определения и постановления судов;

17) начальник органа дознания — должностное лицо органа дознания, в том числе заместитель начальника органа дознания, уполномоченное давать поручения о производстве дознания и неотложных следственных действий, осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом;

18) начальник следственного отдела — должностное лицо, возглавляющее соответствующее следственное подразделение, а также его заместитель;

19) 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;

20) непричастность — неустановленная причастность либо установленная непричастность лица к совершению преступления;

21) ночное время — промежуток времени с 22 до 6 часов по местному времени;

22) обвинение — утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном настоящим Кодексом;

23) определение — любое решение, за исключением приговора, вынесенное судом первой инстанции коллегиально при производстве по уголовному делу, а также решение, вынесенное вышестоящим судом, за исключением суда апелляционной или надзорной инстанции, при пересмотре соответствующего судебного решения;

24) органы дознания — государственные органы и должностные лица, уполномоченные в соответствии с настоящим Кодексом осуществлять дознание и другие процессуальные полномочия;

25) постановление — любое решение, за исключением приговора, вынесенное судьей единолично; решение, вынесенное президиумом суда при пересмотре соответствующего судебного решения, вступившего в законную силу; решение прокурора, следователя, дознавателя, вынесенное при производстве предварительного расследования, за исключением обвинительного заключения и обвинительного акта;

26) председательствующий — судья, который руководит судебным заседанием при коллегиальном рассмотрении уголовного дела, а также судья, рассматривающий уголовное дело единолично;

27) представление — акт реагирования прокурора на судебное решение, вносимый в порядке, установленном настоящим Кодексом;

28) приговор — решение о невиновности или виновности подсудимого и назначении ему наказания либо об освобождении его от наказания, вынесенное судом первой или апелляционной инстанции;

29) применение меры пресечения — процессуальные действия, осуществляемые с момента принятия решения об избрании меры пресечения до ее отмены или изменения;

30) присяжный заседатель — лицо, привлеченное в установленном настоящим Кодексом порядке для участия в судебном разбирательстве и вынесения вердикта;

31) прокурор — Генеральный прокурор Российской Федерации и подчиненные ему прокуроры, их заместители и иные должностные лица органов прокуратуры, участвующие в уголовном судопроизводстве и наделенные соответствующими полномочиями федеральным законом о прокуратуре;

32) процессуальное действие — следственное, судебное или иное действие, предусмотренное настоящим Кодексом;

33) процессуальное решение — решение, принимаемое судом, прокурором, следователем, дознавателем в порядке, установленном настоящим Кодексом;

34) реабилитация — порядок восстановления прав и свобод лица, незаконно или необоснованно подвергнутого уголовному преследованию, и возмещения причиненного ему вреда;

35) реабилитированный — лицо, имеющее в соответствии с настоящим Кодексом право на возмещение вреда, причиненного ему в связи с незаконным или необоснованным уголовным преследованием;

36) реплика — замечание участника прений сторон относительно сказанного в речах других участников;

36.1) результаты оперативно-розыскной деятельности — сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда;

37) родственники — все иные лица, за исключением близких родственников, состоящие в родстве;

38) розыскные меры — меры, принимаемые дознавателем, следователем, а также органом дознания по поручению дознавателя или следователя для установления лица, подозреваемого в совершении преступления;

39) санкция — разрешение (согласие) прокурора на производство дознавателем, следователем соответствующих следственных и иных процессуальных действий и на принятие ими процессуальных решений;

40) свидетельский иммунитет — право лица не давать показания против себя и своих близких родственников, а также в иных случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;

41) следователь — должностное лицо, уполномоченное осуществлять предварительное следствие по уголовному делу, а также иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом;

42) содержание под стражей — пребывание лица, задержанного по подозрению в совершении преступления, либо обвиняемого, к которому применена мера

пресечения в виде заключения под стражу, в следственном изоляторе либо ином месте, определяемом федеральным законом;

43) сообщение о преступлении — заявление о преступлении, явка с повинной, рапорт об обнаружении преступления;

44) специализированное учреждение для несовершеннолетних — специализированный государственный орган, обеспечивающий исправление несовершеннолетних и созданный в соответствии с федеральным законом;

45) стороны — участники уголовного судопроизводства, выполняющие на основе состязательности функцию обвинения (уголовного преследования) или защиты от обвинения;

46) сторона защиты — обвиняемый, а также его законный представитель, защитник, гражданский ответчик, его законный представитель и представитель;

47) сторона обвинения — прокурор, а также следователь, начальник следственного отдела, дознаватель, частный обвинитель, потерпевший, его законный представитель и представитель, гражданский истец и его представитель;

48) суд — любой суд общей юрисдикции, рассматривающий уголовное дело по существу и выносящий решения, предусмотренные настоящим Кодексом;

49) судебная экспертиза — экспертиза, производимая в порядке, установленном настоящим Кодексом;

50) судебное заседание — процессуальная форма осуществления правосудия в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу;

51) судебное разбирательство — судебное заседание судов первой, второй и надзорной инстанций;

52) суд первой инстанции — суд, рассматривающий уголовное дело по существу и правомочный выносить приговор, а также принимать решения в ходе досудебного производства по уголовному делу;

53) суд второй инстанции — суды апелляционной и кассационной инстанций;

54) судья — должностное лицо, уполномоченное осуществлять правосудие;

55) уголовное преследование — процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления;

56) уголовное судопроизводство — досудебное и судебное производство по уголовному делу;

57) уголовный закон — Уголовный кодекс Российской Федерации;

58) участники уголовного судопроизводства — лица, принимающие участие в уголовном процессе;

59) частный обвинитель — потерпевший или его законный представитель и представитель по уголовным делам частного обвинения;

60) экспертное учреждение — государственное судебно-экспертное или иное учреждение, которому поручено производство судебной экспертизы в порядке, установленном настоящим Кодексом.

1. *К пункту 1.* Алиби (от лат. *alibi* — в другом месте) — термин, обозначающий в криминалистике и уголовно-процессуальном праве отсутствие обвиняемого во время совершения преступления на месте преступления. Является одним из *доказатель-*

ственных фактов, указывающих на непричастность лица к совершению преступления. Такое алиби принято называть объективным, в отличие от иногда используемого в криминалистике и судебной психологии понятия субъективного алиби, т.е. невозможности совершения лицом преступления в силу его психологических и иных субъективных качеств.

Следует иметь в виду, что само по себе нахождение обвиняемого во время совершения преступления в другом месте еще не равнозначно доказанности факта его непричастности к совершению преступления, ибо многие преступные деяния могут быть совершены способом, не требующим физического присутствия субъекта преступления на месте преступления (приведение в действие террористом с большого расстояния дистанционного взрывного устройства; организация преступления, пособничество, подстрекательство к совершению преступления, не сопровождаемые присутствием соучастника на месте преступления, и т.д.). Таким образом, доказательства алиби относятся к категории косвенных доказательств, а сам факт алиби всегда допускает объяснение посредством различных версий. Вместе с тем на практике алиби обычно является одним из наиболее сильных аргументов в пользу вывода о невиновности.

2. *К пунктам 2, 14, 16.* Под термином «судебная инстанция» в теории процесса обычно понимается стадия рассмотрения дела в суде, обладающем определенной компетенцией в рамках судебной иерархии, либо сам суд, действующий в этой стадии. В УПК РФ различаются первая, вторая (апелляционная и кассационная), надзорная инстанции и пересмотр приговоров, определений и постановлений судов ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

В *апелляционной инстанции* суд, согласно п. 2 комм. статьи, проверяет законность, обоснованность и справедливость *не вступившего в законную силу* приговора и постановления мирового судьи, которые были вынесены в первой инстанции (ст. 361 УПК). Главной отличительной особенностью апелляционного производства по УПК РФ является проведение повторного судебного следствия, в рамках которого допускается как непосредственное исследование имеющихся в деле доказательств, так и собирание новых доказательств, в исследовании которых сторонам было отказано судом первой инстанции, в т.ч. и путем проведения судебных следственных действий (ст. 365).

Кассационная инстанция имеет дело также с еще *не вступившими в законную силу* приговорами, определениями и постановлениями, однако не только судов первой, но и апелляционной инстанций (п. 14 ст. 5). Таким образом, кассационная инстанция — по крайней мере по делам, рассмотренным в первой инстанции мировыми судьями, фактически является не второй, а третьей, хотя посвященная ей гл. 45 УПК и помещена в разд. XIII «Производство в суде второй инстанции». По УПК РФ кассационный порядок отличается от апелляционного, во-первых, ограниченными возможностями по собиранию новых доказательств (п. 5—6 ст. 377), во-вторых, характером некоторых итоговых решений — кассационный суд, в отличие от апелляционного, не выносит по делу нового приговора, но может направить дело на новое судебное разбирательство; в-третьих, более узким объемом оснований для изменения приговора (ст. 379). Вместе с тем российский кассационный суд согласно п. 1 ст. 379 и ст. 380 УПК вовсе не ограничен при рассмотрении дела лишь вопросами права — он может оценивать доказательства и вдаваться в вопросы установления фактических обстоя-

тельств дела. Это указывает на то, что данная процедура является не чистой, а смешанной кассацией с примесью элементов апелляционной формы.

Надзорная инстанция рассматривает в порядке надзора уголовные дела по жалобам и представлениям на уже *вступившие в законную силу* приговоры, определения и постановления судов (п. 16 ст. 5). Надзорной эта инстанция называется потому, что проверяет дело в *ревизионном порядке*, т.е. она не связана доводами жалобы или представления и вправе проверить все производство по уголовному делу в полном объеме. Если же по уголовному делу осуждено несколько лиц, а надзорные жалоба или представление принесены только одним из них или в отношении некоторых из них, то суд надзорной инстанции вправе проверить уголовное дело в отношении всех осужденных. Предметом рассмотрения в надзорной инстанции являются в основном те же вопросы, что и в кассационной инстанции (ст. 409 УПК).

3. *К пунктам 3, 4, 37.* В п. 4 комм. статьи дан перечень *близких родственников*, который практически не претерпел изменений по сравнению с тем, который содержался в п. 8 ст. 34 УПК РСФСР. Братья и сестры, как вытекает из сопоставления п. 4 ст. 5 УПК РФ со ст. 14 *СК*, рассматриваются в качестве близких родственников независимо от того, являются они полнородными (имеющими обоих общих родителей) или неполнородными (имеющими лишь одного общего родителя). При этом такие братья и сестры считаются родными. Родственниками в п. 37 названы все иные, помимо близких родственников, лица, состоящие между собой в родстве. К их числу, как следует из сравнения п. 37 ст. 5 УПК РФ со ст. 1143—1145 *ГК,* устанавливающими очередность наследования, относятся: племянники и племянницы, дяди и тети, двоюродные братья и сестры, прадедушки и прабабушки, двоюродные внуки и внучки, двоюродные дедушки и бабушки, двоюродные правнуки и правнучки, двоюродные племянники и племянницы, двоюродные дяди и тети.

Близкие лица, согласно п. 3 комм. статьи, определяются лишь применительно к *свидетелям* и *потерпевшим*. Это прежде всего свойственники потерпевшего и свидетеля. Свойственниками считаются братья, сестры, родители и дети другого супруга. Прочие близкие лица согласно п. 3 — те, чья жизнь, здоровье и благополучие дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений. Другими словами, это люди, связанные со свидетелем или потерпевшим тесным личным общением, дружбой или любовью. Однако закон (ст. 42, 56 УПК) не называет «близких лиц» в числе тех, против кого свидетель и потерпевший вправе отказаться давать показания. Определение близких лиц имеет значение для применения мер безопасности в отношении свидетеля и потерпевшего (см. комм. к ст. 166).

4. *К пункту 6.* В отличие от УПК РСФСР, который предусматривал поддержание государственного обвинения в суде лишь прокурором, действующий Кодекс под государственным обвинителем подразумевает любое *«должностное лицо органа прокуратуры»,* а равно «*по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, также дознаватель или следователь*» (п. 6 ст. 5). Таким образом, по буквальному смыслу п. 6 полномочия по поддержанию государственного обвинения в суде предоставлено, помимо прокуроров (п. 31 ст. 5), следователям прокуратуры, а также их помощникам и работникам аппарата соответствующей прокуратуры, в т.ч. работникам, не занимающим должности прокуроров и следователей, поскольку, исходя из положений Закона о прокуратуре РФ (ст. 14—16, п. 2, 3 ст. $40^{.5}$), они также считаются должностными лицами органов прокуратуры.

Дознаватели по поручению прокурора могут поддерживать обвинение не по всем делам, а только по тем, по которым *предварительное расследование проведено в форме дознания* (п. 1, 2 ч. 3 ст. 150 УПК). По поручению прокурора следователи также могут поддерживать обвинение в суде по делам, по которым дознание проводилось следователем органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органов прокуратуры в соответствии с п. 1—2, 7 ч. 3 ст. 151 УПК (см. об этом комм. к ст. 151).

5. *К пунктам 7—8, 17, 24*. В отличие от УПК РСФСР, знавшим две формы дознания — по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно, и по делам, по которым производство предварительного следствия необязательно, дознанием по действующему Кодексу считается лишь одна форма предварительного расследования, применяемая по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия необязательно, — в порядке, установленном гл. 32 УПК РФ (см. о ней комм. к ст. 223—226). В соответствии с п. 1, 7 и 8 ч. 3 ст. 151 УПК по некоторым категориям дел дознание производится также следователями органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органов прокуратуры (см. об этом комм. к ст. 151).

Понятие *начальника органа дознания* дано в п. 17 комм. статьи; это — должностное лицо органа дознания, в т.ч. заместитель начальника органа дознания, уполномоченное давать поручения о производстве дознания и неотложных следственных действий, осуществлять иные полномочия, предусмотренные УПК**.** Начальник органа дознания может действовать в процессе и как самостоятельная процессуальная фигура, когда речь идет о внутренних взаимоотношениях в органе дознания (ч. 1, 4 ст. 41, ч. 3 ст. 144), и от имени *органа дознания* в целом, когда вступает в отношения с другими субъектами — в последнем случае закон, имея в виду начальника органа дознания, употребляет термин «орган дознания» (ч. 1 ст. 157 и др.). Действуя в этих качествах, начальник органа дознания (а в ряде случаев — и его заместитель) вправе:

— возлагать на должностное лицо органа дознания полномочия дознавателя (ч. 1 ст. 41);

— продлевать по ходатайству дознавателя срок проверки сообщения о преступлении (ч. 3 ст. 144);

— давать дознавателю обязательные указания (ч. 4 ст.41) по всем вопросам проведения дознания;

— возбуждать уголовное дело при наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно (ч. 1 ст. 144, ч. 1 ст. 157);

— направлять уголовное дело прокурору после возбуждения уголовного дела и выполнения неотложных следственных действий (п. 3 ст. 149);

— утверждать обвинительный акт (ч. 4 ст. 225).

В то же время в некоторых случаях, говоря о действиях *органа дознания*, законодатель, очевидно, не имел в виду, что их *всегда* совершает либо дает специальное указание на их проведение *сам* начальник органа дознания (или его заместитель), хотя он, конечно, имеет такое право. Речь идет о задержании лица по подозрению в совершении преступления (ст. 91, приложение 28 к ст. 476 УПК), направлении сообщения о задержании подозреваемого (ч. 3 ст. 92, приложение 27 к ст. 476 УПК), проведении неотложных следственных действий, розыскных и оперативно-розыскных мероприятий (ст. 157 УПК). В ОВД, ФСБ, органов по контролю за оборотом наркоти-

ческих средств и психотропных веществ, пограничных и таможенных органах и т.д. эти действия, как правило, выполняют другие, подчиненные начальнику органа дознания работники — в соответствии с распределением их должностных обязанностей.

Поскольку в отличие от УПК РСФСР (п. 1 ст. 117) в УПК РФ в числе органов дознания названа *не милиция*, а *органы внутренних дел* (п. 1 ч. 1 ст. 40), требует ответа вопрос, не следует ли теперь считать начальником органа дознания только начальника ОВД и не утратили ли эти полномочия начальники криминальной милиции и милиции общественной безопасности (такие их полномочия были подтверждены письмом Генеральной прокуратуры РФ и Следственного комитета МВД РФ от 09.09.93 г. № 25/15-1-1993 «О процессуальных полномочиях органов внутренних дел»). Следует, однако, обратить внимание, что согласно уже приводившемуся выше определению, данному в п. 17 комм. статьи, начальником органа дознания может считаться не только руководитель, но и всякое «должностное лицо органа дознания, в том числе заместитель начальника органа дознания, уполномоченное давать поручения о производстве дознания и неотложных следственных действий, осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом». Под это определение подпадают не только начальники ОВД, но и начальники криминальной милиции и милиции общественной безопасности и их заместители (ч. 1 ст. 41).

Расследование в *форме дознания* по делам, отнесенным законом к их подследственности, производят: дознаватели ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, пограничных органов, службы судебных приставов, таможенных органов, органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы, а также следователи ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, прокуратуры (ч. 3 ст. 151). В соответствии с ч. 3 ст. 151 УПК именно эти органы наделяются правом производства расследования в форме дознания, которое заканчивается составлением обвинительного акта. Дознание осуществляется в порядке, установленном гл. 21, 22 и 24—29 для проведения предварительного следствия, с изъятиями, предусмотренными гл. 32 УПК. Оно производится по уголовным делам, указанным в ч. 3 ст. 150 УПК, возбуждаемым лишь в отношении конкретных лиц, в течение 20 суток со дня возбуждения уголовного дела. Этот срок может быть продлен прокурором, но не более чем на 10 суток (ст. 223).

На основании ч. 2 ст. 157 УПК правом *возбуждения уголовных дел и производства неотложных следственных действий* по делам своей подследственности обладают ОВД, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органы ФСБ; таможенные органы, командиры воинских частей и соединений, начальники военных учреждений и гарнизонов; начальники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, другие должностные лица, которые на основании ст. 40 УПК имеют полномочия органов дознания (капитаны морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных на данных судах; руководители геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, указанных в ч. 1 ст. 40 УПК, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных по месту нахождения данных партий и зимовок; главы дипломатических представительств и консульских учреждений РФ — по уголовным делам о преступлениях, совершенных в пределах террито-

рий данных представительств и учреждений). О понятиях дознавателя, органа дознания и дознания см. комм. к ст. 40, 41, 151, 157, 223.

6. *К пункту 9.* Понятие *досудебного производства* ранее отсутствовало в нашем уголовно-процессуальном законодательстве и впервые введено в УПК РФ. Досудебное производство охватывает стадии возбуждения уголовного дела (разд. VII), предварительного расследования (разд. VIII, гл. 32). Имеет место неопределенность в вопросе о том, являются ли действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением или обвинительным актом (гл. 31, ст. 226), частью предварительного расследования или они — самостоятельная часть (стадия) досудебного производства? С одной стороны, гл. 31 включена в разд. VIII УПК, который посвящен предварительному расследованию. Кроме того, согласно п. 1 ч. 1 ст. 158 *окончание предварительного расследования* происходит в порядке, установленном, в частности, и гл. 31. Однако, с другой стороны, согласно ст. 158, ч. 2 ст. 162 и ч. 2 ст. 223 УПК предварительное расследование (следствие или дознание) может продолжаться лишь со дня возбуждения уголовного дела и *до направления* дела прокурору соответственно с обвинительным заключением или обвинительным актом. С учетом того, что при утверждении указанных документов прокурор может *направить* уголовное дело для производства дополнительного *предварительного следствия* (п. 3 ч. 1 ст. 221 и п. 4 ч. 1 ст. 226), действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением или обвинительным актом, было бы, на наш взгляд, правильнее считать самостоятельной — третьей стадией досудебного производства[1]. Такой вывод способствует укреплению процессуальной самостоятельности следователя в ходе *предварительного расследования*, если принять во внимание, что указания о проведении следственных действий прокурор впервые может давать следователю не ранее, чем возвращая ему дело для производства дополнительного следствия после рассмотрении поступившего уголовного дела с обвинительным заключением (п. 3 ч. 1 ст. 221).

7. *К пункту 10.* УПК определяет понятие «жилища» точно так же, как и *УК* в примечании к ст. 139. Как подчеркивает КС РФ, это определение дается применительно к целям уголовно-процессуального регулирования производства различных следственных и иных процессуальных действий[2]. Содержание терминов «индивидуальный дом», «жилое и нежилое помещение», «жилищный фонд», «временное проживание» дается в *ЖК* (ст. 15, 16, 19, 92 и др.)

Жилым помещением признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства). Согласно ст. 16 *ЖК* в жилищный фонд входит совокупность всех жилых помещений, в т.ч. находящихся в частной, государственной, муниципальной собственности, предназначенных для постоянного, временного проживания, в т.ч. на коммерческой основе.

---

[1] Эта позиция получила поддержку в юридической литературе. Так, проф. О.Я. Баев предлагает назвать новую стадию «возбуждением государственного обвинения» (см.: *Баев О.Я.* Прокурор в структуре уголовного преследования на досудебных стадиях уголовного процесса // Информационно справочная система «КонсультантПлюс». Публикация от 22.10.2003).

[2] См. Определение КС РФ от 20.12.2005 г. № 533-О.

Несмотря на то что ст. 97 *ЖК* в жилищном фонде выделяет категорию жилых помещений для временного поселения вынужденных переселенцев и лиц, признанных беженцами, п. 10 ст. 5 УПК использует понятие *«иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания».* Как представляется, здесь имеются в виду, прежде всего, случаи экстренного размещения граждан в нежилых помещениях в условиях крайней необходимости (граждан, пострадавших от стихийных бедствий, пожаров, террористических актов и т.п.) органами государственной власти, администрацией муниципальных образований, учреждений, предприятий и организаций.

Вместе с тем жилищем может считаться лишь помещение, занимаемое на *законных* основаниях. При определении законности проживания правоприменителю необходимо учитывать положения ч. 3 ст. 10 *ГК* о том, что «в случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается». Поэтому должно презюмироваться, что лица, проживающие в жилых или (временно) в нежилых помещениях, находятся там законно, если на момент проведения действий, затрагивающих право граждан на неприкосновенность жилища (обыск, выемка, осмотр и т.д.), отсутствуют данные, которые со всей очевидностью свидетельствовали бы об обратном.

8. *К пунктам 11, 15.* О понятии задержания подозреваемого и моменте фактического задержания см. комм. к ст. 91, 92.

9. *К пункту 11.1.* См. комм. к п. 6 ч. 1 ст. 24 , к ст. 448.

10. *К пункту 12.* Анализ норм УПК показывает, что законным представителем в уголовном процессе является лицо, в силу закона выступающее в защиту прав и законных интересов несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, а также лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера. Однако в п. 1 ничего не говорится, например, о законном представителе несовершеннолетнего, которому непосредственно преступлением причинен имущественный вред (гражданский истец). Этот пробел восполняет ч. 3 ст. 44 УПК. Кроме того, в п. 12 ст. 5 также обойден вниманием и вопрос о законном представителе лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера (ст. 437 УПК).

Родители могут быть законными представителями своих детей, за исключением случаев, когда они по суду лишены родительских прав (ст. 71 *СК*) либо когда установлено, что между интересами родителей и детей *имеются противоречия*. Последний факт устанавливается органом опеки и попечительства, который в таком случае назначает представителя для защиты интересов детей. В случае разногласий между родителями, в т.ч. о том, кто должен выступить в процессе его законным представителем, представителя назначает орган опеки и попечительства (ст. 64 *СК*). В названных случаях органу предварительного расследования, защитнику, суду следует обратиться с соответствующим запросом в органы опеки и попечительства. Таковыми согласно ч. 2 ст. 121 *СК* являются органы местного самоуправления. Обычно, в составе последних для этих целей организованы отделы опеки и попечительства. Несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет органами опеки и попечительства при необходимости могут быть назначены попечители (ст. 31, 33 *ГК*), которые в этом случае

выступают в роли законных представителей несовершеннолетнего в уголовном судопроизводстве. Опекуны назначаются органами опеки и попечительства малолетним (которые в уголовном процессе могут быть, например, потерпевшими), а также гражданам, признанными судом недееспособными вследствие психического расстройства (ст. 32 *ГК*). Если несовершеннолетний, достигший 16 лет, объявлен в установленном порядке полностью дееспособным, или эмансипированным (ст. 27 *ГК*), он приобретает *право* самостоятельно осуществлять все свои права и обязанности, в т.ч. *право на защиту* (ст. 56 *СК*). Родители в этом случае не несут ответственности по его обязательствам, в частности по обязательствам, возникшим *вследствие причинения вреда* (ч. 2 ст. 27 *ГК*). Однако следует иметь в виду, что речь идет именно о праве эмансипированного, а не о его обязанности, поэтому по желанию *несовершеннолетнего* к участию в деле может быть допущен в качестве законного представителя один из его родителей.

11. *К пунктам 13, 29.* Термины «избрание» и «применение» использовался в отношении мер пресечения и в УПК РСФСР (ст. 89—91), однако употреблялись они практически в качестве синонимов. В ст. 5 УПК РФ им придается разное значение. Если избрание меры пресечения — это принятие дознавателем, следователем, прокурором, а также судом *решения* о мере пресечения в отношении подозреваемого и обвиняемого (п. 13 ст. 5), то под применением меры пресечения понимаются теперь *процессуальные действия*, осуществляемые с момента принятия решения об избрании меры пресечения до ее отмены или изменения (п. 29 ст. 5). Впрочем, в других статьях Кодекса это различие не всегда выдерживается достаточно строго. Так, например, в ч. 1 ст. 108 УПК РФ сказано, что «заключение под стражу в качестве меры пресечения *применяется* по судебному решению... В исключительных случаях эта мера пресечения может быть *избрана* в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет».

Представляется, что на деле применение меры пресечения, избранной по решению дознавателя, следователя, прокурора и суда, состоит в *фактическом исполнении* ее условий применительно к обвиняемому или подозреваемому. Например, такая мера пресечения, как заключение под стражу, применяется в порядке, установленном ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» Однако в п. 29 ст. 5 УПК говорится не о фактическом исполнении, а *процессуальных действиях*, осуществляемых с момента принятия решения об избрании меры пресечения *до ее отмены или изменения*. Но единственными *процессуальными* действиями, связанными с применением меры пресечения в названный промежуток времени, являются: обжалование меры пресечения в порядке гл. 16, а также принятие решений по ее отмене или изменению. Отмеченное несоответствие не столь безобидно, как может показаться на первый взгляд, т.к. текстуально именно с моментом *применения* меры пресечения закон связывает ряд важных юридических последствий, например допуск защитника (см. об этом комм. к ст. 49).

12. *К пункту 15.* О понятии и моменте фактического задержания см. комм. к ст. 92.

13. *К пункту 18.* О понятии начальника следственного отдела см. комм. к ст. 39.

14. *К пункту 19*. В этом пункте понятие «неотложные следственные действия» отождествляется с действиями, осуществляемыми органом дознания после возбуждения уголовного дела, по которому производство предварительного следствия обяза-

тельно (ст. 157 УПК). Обозначена также цель неотложных следственных действий — обнаружение и фиксация следов преступления, а также доказательств, требующих *незамедлительного* закрепления, изъятия и исследования. Ранее круг неотложных следственных действий был определен ст. 119 УПК РСФСР — осмотр, обыск, выемка, освидетельствование, задержание и допрос подозреваемых, допрос потерпевших и свидетелей. Он использовался для ограничения компетенции органов дознания по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно. В действующем Кодексе лимит на неотложные следственные действия отсутствует. Неотложным может стать практически любое следственное действие, когда оно выполняется в *неотложной следственной ситуации*, которая возникает, если промедление с обнаружением, изъятием и фиксацией доказательств грозит утратой следов преступления, сокрытием лиц, его совершивших, от суда и следствия либо утратой возможности возвращения похищенного (см. комм. к ст. 157).

15. *К пункту 20. Непричастность* лица к совершению преступления — новое для уголовно-процессуального права понятие, которое означает, что лицо не имеет непосредственного отношения к имевшему место событию преступления, т.е. не является ни его исполнителем, ни организатором, ни подстрекателем, ни пособником; оно не является также прикосновенным к преступлению в какой-либо предусмотренной законом форме[1]. Непричастность служит основанием для прекращения уголовного преследования в отношении данного лица (п.1 ч. 1 ст. 27 УПК). Непричастность лица к совершению преступления — понятие, основанное на принципе презумпции невиновности (ст. 14 УПК). Оно охватывает как доказанную непричастность лица к совершению преступления, так и недоказанную, несмотря на принятие всех предусмотренных законом мер и действий, причастность. Недоказанная причастность в силу вытекающего из презумпции невиновности правила о толковании сомнений в пользу обвиняемого с точки зрения своих юридических последствий полностью приравнивается к доказанной непричастности.

Если лицо непричастно к совершению преступления, оно *всегда* считается и невиновным. Однако обратное утверждение неверно. Невиновное лицо не всегда непричастно к деянию, запрещенному уголовным законом. Совершение кем-либо такого деяния само по себе не может рассматриваться как виновность в совершении преступления — необходимо также наличие вины в форме умысла или неосторожности.

16. *К пунктам 22, 55*. Обвинение, уголовное преследование. Обвинение в п. 22 комм. статьи понимается как *утверждение* о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном УПК. Таким образом, обвинение понимается здесь как *обвинительный тезис.* В этом качестве обвинение имеет: а) *существо,* или *объем*, т.е. описание фактических обстоятельств преступления с указанием времени, места его совершения, а также иных фактических обстоятельств, подлежащих доказыванию в соответствии со ст. 73 УПК: способов, мотивов, цели, последствий преступления и других обстоятельств, имеющих значение для данного уголовного дела (п. 3 ч. 3 ст. 38, п. 4 ч. 2 ст. 171, ч. 2 ст. 173, п. 3 ч. 1 ст. 220 УПК); б) уголовно-правовую *формулировку* предъявленного обвинения с указанием пункта, части, статьи *УК*, предусматривающих ответственность за

[1] Действующий уголовный закон предусматривает лишь один вид прикосновенности к преступлению — заранее не обещанное укрывательство особо тяжких преступлений (ст. 316 *УК*).

данное преступление (п. 4 ч. 1 ст. 220 УПК). В законе встречается также термин *«пункты обвинения»* (ч. 2 ст. 226 УПК), берущий начало от семи знаменитых пунктов обвинения в римском праве (кто, что, где, когда, с какой целью, каким образом и с чьей помощью совершил), которое равнозначно выражению «объем обвинения» (п. 1 ч. 2 ст. 221 УПК). Уголовное преследование определяется в п. 55 как процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях *изобличения* подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления, т.е. уголовное преследование, согласно данному определению, есть деятельность по подготовке и доказыванию обвинения лица в совершении преступления.

Обвинение может быть *первоначальным* и *окончательным*. Первоначальное обвинение формулируется в постановлении следователя о привлечении лица в качестве обвиняемого при наличии достаточных доказательств, дающих основания для его обвинения в совершении преступления (ст. 171 УПК). Окончательное обвинение дается в обвинительном заключении (ст. 220). При производстве дознания оба эти вида обвинения совпадают, составляя основное содержание обвинительного акта (ст. 225).

С момента выдвижения обвинения в процессе появляется обвиняемый (ст. 47 УПК). Следует, однако, иметь в виду, что в уголовном процессе может быть и обвиняемый, а значит, и обвинение, в широком смысле слова, когда речь идет об обеспечении права лица на защиту. Как указал Конституционный Суд РФ в постановлении от 27.06.2000 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова, «факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со статьей 51 (часть 1) Конституции РФ права не давать показаний против себя самого)… Под обвинением в смысле статьи 6 Конвенции Европейский Суд по правам человека понимает не только официальное уведомление об обвинении, но и иные меры, связанные с подозрением в совершении преступления, которые влекут серьезные последствия или существенным образом сказываются на положении подозреваемого (решение от 27 февраля 1980 года по делу Deweer, Series A, №о. 35, para 44, 46; решение от 15 июля 1982 года по делу Eckle, Series A, №о. 51, para 73; решение от 10 декабря 1982 года по делу Foti, Series A, № 56, para 52), т.е. считает необходимым исходить из содержательного, а не формального понимания обвинения».

Вместе с тем обвинение может пониматься не только как утверждение о совершении преступления, но и как *функция обвинения*, т.е. как направление деятельности по установлению события преступления и изобличению лиц, виновных в его совершении. Носителем этой функции (стороной обвинения) названы прокурор, следователь, начальник следственного отдела, орган дознания, дознаватель, потерпевший, частный обвинитель, гражданский истец, представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя (гл. 6 УПК). Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения (ст. 14 УПК). В этом смысле понятие обвинения тождественно понятию *уголовного преследования* (п. 45, 55 ст. 5). Суд не является органом уголов-

ного преследования, не выступает на стороне обвинения (ст. 15 УПК). Согласно ст. 22 УПК потерпевший, его законный представитель и (или) представитель вправе участвовать в уголовном преследовании обвиняемого, а по уголовным делам частного обвинения — выдвигать и поддерживать обвинение.

17. *К пунктам 23, 25, 27, 28, 33.* Кодекс дает общее понятие *процессуальных решений* (п. 33) и понятия отдельных форм этих решений — определений, постановлений и приговора. В п. 25 упомянуты также обвинительное заключение и обвинительный акт, которые также являются формами процессуальных решений следователя, прокурора, дознавателя и органа дознания. Решение есть родовое понятие, а определения, постановления, обвинительное заключение, обвинительный акт и приговор по отношению к нему — понятия видовые, отражающие конкретную форму того или иного решения. Вместе с тем этот перечень не исчерпывает всего круга процессуальные решений. Так, решения прокурора могут выражаться в виде *санкции,* или *согласия* (п. 39 ст. 5) на совершение следователем и дознавателем некоторых процессуальных действий. Сущность всякого процессуального решения состоит в том, что в нем даются ответы на правовые вопросы, применяются нормы материального и (или) процессуального права. Это отличает их от других процессуальных актов — протоколов следственных и судебных действий, которые лишь фиксируют факт проведения, ход и результаты названных действий; *представлений* дознавателя и следователя о необходимости принятия мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления или других нарушений закона, которые они вправе внести в соответствующую организацию или должностному лицу (ч. 2 ст. 158). Форму представлений (вместо протестов по УПК РСФСР) имеют также ходатайства прокурора в вышестоящий суд с требованием отмены или изменения приговора, определения или постановления суда (п. 27 ст. 5, ст. 363, 375, ч. 2 ст. 402 УПК).

Смысл дифференциации различных процессуальных решений состоит в том, что к каждому их виду предъявляются индивидуальные и связанные между собой требования *законности* и *обоснованности*. Законность процессуальных решений — это соответствие их условиям, установленным законом. Обоснованность — наличие фактических оснований, достаточных для принятия соответствующего решения. Теоретически достаточность фактических оснований предполагает: а) установление определенного круга обстоятельств, необходимых в силу закона для принятия решений данного вида; б) достижение при этом необходимого уровня определенности знаний (достоверности или вероятности) относительно этих обстоятельств; в) соблюдение определенной процессуальной формы при установлении названных обстоятельств.

Ряд процессуальных решений, как это вытекает из норм УПК РФ, однозначно требуют для своего обоснования лишь доказательств (постановления о привлечении в качестве обвиняемого, о прекращении дела, обвинительное заключение, приговор, определения и постановления вышестоящих судов по жалобам и представлениям на судебные решения и т.д.). Эти решения можно считать *основными*, поскольку в них дается ответ на основной вопрос уголовного дела — вопрос об уголовной ответственности. Вместе с тем, судя по буквальному смыслу ряда статей, прочие решения (в теории процесса их иногда называют *вспомогательными*) часто допускают использование наряду с доказательствами и неких *иных данных*. К сожалению, закон, как правило, не дает разъяснений ни о процессуальном статусе этих данных, ни об их юридической форме. Так, основанием для возбуждения уголовного дела является на-

личие «*достаточных данных*, указывающих на признаки преступления» (ч. 2 ст. 140); задержание подозреваемого может быть произведено при наличии «*иных данных*, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления» (ч. 2 ст. 91); в постановлении о возбуждении перед судом ходатайства о заключении под стражу, помимо неопределенных «оснований», излагаются также некие «*мотивы*.., в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения» (ч. 3 ст. 108). Показательно, что фактические обстоятельства, обосновывающие необходимость избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу и других мер процессуального принуждения, не входят в перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию (ст. 73). Имеется неопределенность в вопросе о том, на основе каких данных «об угрозах опасными противоправными деяниями» применяются меры безопасности в отношении потерпевшего, свидетеля и других участников процесса и обязано ли заявившее о поступивших в его адрес угрозах лицо либо суд, прокурор, следователь и дознаватель доказывать факт их наличия (ч. 3 ст. 11); чем устанавливаются факты личной заинтересованности судьи, прокурора, следователя, дознавателя, исключающей их участие в деле (ч. 2 ст. 61), а равно неуважительности причин неявки в суд подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля при принятии решения о приводе (ч. 1 ст. 113) и т.д. Закон в этих и других случаях не дает ответа и на вопросы: с достоверностью или только с вероятностью должны устанавливаться данные обстоятельства, на ком лежит (и лежит ли на ком-то вообще) бремя их установления, т.е. какая из сторон несет неблагоприятные последствия в случае, когда остаются сомнения относительно наличия этих обстоятельств. Такая неопределенность открывает практическую возможность использования для обоснования подобных решений непроцессуальную информацию, в т.ч. оперативно-розыскные данные, что вряд ли оправданно применительно ко всем вспомогательным решениям.

Нам представляется, что процессуальные решения, ограничивающие конституционные права и свободы граждан и в силу этого требующие судебной проверки их законности и обоснованности (ст. 29 УПК), должны основываться исключительно на доказательствах. В противном случае требование судебного контроля над ними как одной из *форм правосудия* (см. комм. к п. 50 ст. 5*)* во многом обесценивается. Правосудие же, по смыслу ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, должно основываться лишь на *доказательствах*, полученных в соответствии с законом.

В п. 28 дано не вполне корректное определение приговора. «Приговор — решение о невиновности или виновности подсудимого и назначении ему наказания либо *об освобождении его от наказания*, вынесенное судом первой или апелляционной инстанции»[1]. Однако оправданный не освобождается от наказания (освобождение от наказания имеет место в случаях условно-досрочного освобождения, освобождения от наказания в связи с болезнью, амнистии, помилования и т.д. — ст. 79—85 *УК*), а реабилитируется.

18. *К пунктам 31, 39.* В пункте 31 комм. статьи говорится, что прокурором в уголовном процессе считаются: Генеральный прокурор РФ и подчиненные ему прокуроры, их заместители и иные должностные лица органов прокуратуры, участвующие в уголовном судопроизводстве и наделенные соответствующими полномочия-

[1] Здесь и далее в цитатах курсив мой. — *А.С.*

ми ФЗ от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации». В специальных нормах УПК могут быть предусмотрены случаи, когда отдельные действия или решения принимаются лишь прокурорами, занимающими строго определенные должности. Так, срок содержания под стражей свыше 12 месяцев может быть продлен судом по ходатайству следователя, внесенному с согласия лишь Генерального прокурора РФ или его заместителя (ч. 3 ст. 109 УПК); следователь возбуждает перед судом ходатайство о продлении срока содержания обвиняемого под стражей в случае, если 30 суток для ознакомления с материалами уголовного дела им оказалось недостаточно, только с согласия прокурора субъекта РФ (ч. 7 ст. 109 УПК); двухмесячный срок предварительного следствия может быть продлен до 6 месяцев прокурором района, города и приравненным к нему военным прокурором и их заместителями; продление же этого срока до 12 месяцев производится лишь прокурором субъекта РФ и приравненным к нему военным прокурором, а также их заместителями; дальнейшее продление срока предварительного следствия может быть произведено Генеральным прокурором РФ или его заместителями (ч. 4, 5 ст. 162 УПК). Только Генеральный прокурор РФ вправе возбуждать уголовное дело в отношении членов Совета Федерации и депутата Государственной Думы и ряда других лиц, перечисленных в п. 1, 3—8 ст. 448 УПК; прокурор субъекта РФ имеет те же полномочия в отношении лиц, названных в п. 9, 11 той же статьи.

Наряду с представлениями, актами прокурорского реагирования в уголовном процессе служат *санкции*, т.е. разрешение, или согласие, прокурора на производство дознавателем, следователем соответствующих следственных и иных процессуальных действий и на принятие ими процессуальных решений (п. 39 ст. 5 УПК). Таким образом, слова «санкция», «разрешение», «согласие» используются здесь как синонимы. Санкция — это разрешение прокурора на принятие определенного процессуального решения, выполнение или невыполнение определенного процессуального действия следователем, дознавателем или органом дознания (более подробно о полномочиях прокурора и даче им санкций см. комм. к ст. 37).

19. *К пунктам 34, 35.* О понятии реабилитации см. комм. к гл. 18.

20. *К пунктам 36.1 и 38.* Розыскными мерами в п. 38 названы лишь меры, принимаемые дознавателем, *следователем*, а также *органом дознания* по поручению дознавателя или следователя для установления лица, *подозреваемого* в совершении преступления. О розыскных мерах говорится в ст. 152, 157, 208, 209, 210, 238, 253 УПК. Однако в ч. 4 ст. 157 сказано, что орган дознания не только по поручению следователя или дознавателя, но и по собственной инициативе должен принимать меры к розыску лица, совершившего преступление, в случае направления прокурору уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, уведомляя следователя об их результатах.

Закон предусматривает возможность розыска не только подозреваемого, но и обвиняемого в случае, если неизвестно его местонахождение либо он скрылся. Если место нахождения обвиняемого неизвестно, то следователь поручает его розыск органам дознания, о чем указывает в постановлении о приостановлении предварительного следствия или выносит отдельное постановление. Розыск обвиняемого может быть объявлен как во время производства предварительного следствия, так и одновременно с его приостановлением (ст. 209, 210 УПК). Поручение о производстве розыска вправе давать не только следователь или дознаватель, но и суд. Согласно ч. 2 ст. 238

УПК в случае, когда обвиняемый скрылся и место его пребывания неизвестно, судья в ходе предварительного слушания приостанавливает производство по уголовному делу и поручает прокурору обеспечить его розыск.

Закон разделяет понятия следственных действий, *розыскных* и оперативно-*розыскных* мероприятий (ч. 4 ст. 157 УПК). Следственные действия, выполняемые следователем, дознавателем, прокурором, судом, направлены на получение доказательств, могут сопровождаться применением процессуального принуждения и подробно регламентированы уголовно-процессуальным законом. Оперативно-розыскные мероприятия (деятельность) — это вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно уполномоченными на то ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» оперативными подразделениями. Исчерпывающий перечень оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) установлен в ст. 6 этого Закона. Розыскные действия могут осуществляться как органом дознания, так следователем и дознавателем. ОРМ следователь и дознаватель проводить не вправе. К розыскным действиям относятся: преследование «по горячим следам» (погоня), обследование (прочесывание) местности в целях поиска и обнаружения следов преступления или скрывающегося преступника; организация заградительных мероприятий и засад в местах возможного появления разыскиваемых подозреваемых и обвиняемых; проведение опросов свидетелей-очевидцев и других лиц; патрулирование; использование данных криминалистических учетов и материалов архивных дел, иной документации; направление запросов в различные государственные органы, учреждения, организации, предприятия. Розыскные мероприятия проводятся несекретными методами, однако сам факт проведения некоторых розыскных мероприятий (преследование «по горячим следам», засада) может до определенного момента также быть тайной. ОРМ в большинстве своем тяготеют к использованию секретных методов и средств (оперативное внедрение, оперативный эксперимент, контролируемая поставка и т.д.), хотя могут включать в себя и открытые действия розыскного характера (опросы граждан, наведение справок). ОРМ могут ограничивать некоторые конституционные права граждан (в этих случаях они проводятся на основании судебного решения — ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»), в то время как розыскные мероприятия права граждан не ограничивают. В случае обнаружения подозреваемого или обвиняемого к нему применяются меры процессуального принуждения (задержание, заключение под стражу и т.д.).

Об использовании результатов ОРД см. комм. к ст. 89.

21. *К пункту 40*. Свидетельский иммунитет определяется в этом пункте как право лица не давать показания против себя и своих близких родственников, а также как иные полномочия, предусмотренные УПК. Субъектами иммунитета являются не только свидетели (п. 1 ч. 4 ст. 56), но и потерпевший (п. 3 ч. 2 ст. 42), гражданский истец (п. 7 ч. 4 ст. 44), гражданский ответчик (п. 4 ч. 2 ст. 54). Еще более сильным иммунитетом в области дачи показаний обладают подозреваемый и обвиняемый, которые вправе отказаться от дачи любых показаний и объяснений (п. 2 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 4 ст. 47). Поскольку в указанных случаях отказ от дачи показаний — это конституционное право лица (ст. 51 Конституции РФ), использование этого права не может ставиться ему в вину или учитываться как инкриминирующий момент при оценке доказательств судом. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29.04.96 г. «О судебном приговоре» записано: «Отказ подсудимого от дачи показаний не может служить подтверждением доказанности его вины и учитываться в качестве обстоятельства, отри-

цательно характеризующего личность подсудимого, при назначении ему вида и размера наказания» (п. 6). Неправомерно также, получив правомерный отказ от дачи показаний, требовать от лица объяснения причин и мотивов такого отказа. О предмете свидетельского иммунитета см. комм. к ст. 56.

22. *К пункту 41.* О понятии и полномочиях следователя см. комм. к ст. 38.

23. *К пункту 42.* УПК РФ различает понятия «арест», «заключение под стражу» и «содержание под стражей». Если УПК РСФСР определял арест как заключение под стражу в качестве меры пресечения (п. 16 ст. 34), то в УПК РФ арест — самостоятельная мера пресечения, а именно домашний арест (ст. 107) либо мера наказания (ч. 1 ст. 394 и др. УПК РФ). Заключение под стражу понимается как отдельная мера пресечения (ст. 108). Содержание под стражей в комм. пункте понимается не в узком смысле — как мера пресечения, а более широко — как принудительное лишение свободы подозреваемого или обвиняемого, имеющее место и при заключении под стражу, и при задержании. С такой трактовкой содержания под стражей не вполне согласуются положения ст. 109 УПК, которая определяет сроки содержания под стражей и порядок их продления, главным образом, применительно к мере пресечения — *заключению под стражу.* Сроки содержания под стражей *задержанного* и порядок их продления указаны в ч. 2 ст. 94 и п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК. Порядок содержания под стражей регулируется также ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». В ходе применения содержания под стражей необходимо применять и касающиеся этого вопроса общепризнанные нормы международного права (Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Европейская конвенция о выдаче 1957 г, Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г., Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, 1988 г.).

24. *К пункту 43.* Согласно ч. 1 ст. 140 УПК поводами для возбуждения уголовного дела являются: заявление о преступлении, явка с повинной либо сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников. Сообщения из иных источников (например, данные, полученные сотрудником органа дознания, следователем, прокурором путем опроса граждан, личного восприятия ими события преступления; органом дознания — из оперативных источников) оформляются рапортом соответствующего должностного лица, который фактически и служит поводом к возбуждению дела.

25. *К пункту 44.* Специализированное учреждение для несовершеннолетних — это воспитательные или лечебно-воспитательные государственные учреждения, в которые на основании п. «б» ч. 2 ст. 90, ч. 2, 3 ст. 92 *УК* в порядке, предусмотренном ст. 427 и 430—432 УПК могут быть помещены по решению суда несовершеннолетние, совершившие преступления небольшой или средней тяжести. Виды этих учреждений предусмотрены ФЗ от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних». Это находящиеся в ведении органов образования специальные общеобразовательные школы и специальные профессиональные училища закрытого типа.

26. *К пунктам 45—47.* В УПК РСФСР термин «стороны» использовался лишь применительно к процедуре судебной проверки законности и обоснованности заключения под стражу и продлению срока содержания под стражей, а также к рассмотре-

нию дела в суде присяжных. Ныне стороны определяются законом как участники *всего* уголовного процесса, выполняющие на основе состязательности функцию обвинения (уголовного преследования) или защиты от обвинения (п. 45). Процессуальные функции понимаются в теории уголовного процесса как основные направления процессуальной деятельности, в которых воплощается специальная роль и назначение участников процесса. Так, содержанием деятельности стороны обвинения является уголовное преследование подозреваемого и обвиняемого (п. 55 ст. 5). Закон связывает понятие сторон с состязательностью процесса, которая предполагает участие в судопроизводстве равных сторон и наличие между ними независимого арбитра — суда. Вместе с тем к числу участников процесса со стороны обвинения отнесены прокурор, следователь, начальник следственного отдела и дознаватель, которые фактически все еще выполняют на досудебных стадиях процесса некоторые, по сути своей судебные, функции. Поэтому характеристика их как стороны имеет в известной мере декларативный характер (более подробно см. об этом комм. к ст. 15).

В п. 46, в котором речь идет об участниках процесса со стороны защиты, не упоминается подозреваемый, однако гл. 7 УПК («Участники уголовного судопроизводства со стороны защиты») открывается ст. 46, посвященной именно этому участнику процесса. Также в п. 47 ст. 5 ничего не говорится об органе дознания, который, однако, причислен к стороне обвинения в ст. 40 УПК.

27. *К пунктам 48, 50, 51, 52 54.* Суды общей юрисдикции, о которых говорится в п. 48, — это все суды, помимо судов со специальной юрисдикцией. К судам специальной юрисдикции относятся арбитражные и конституционно-уставные суды (Конституционный Суд РФ и конституционные или уставные суды субъектов РФ). Военные суды, действующие на основании ФКЗ от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации», являются судами общей юрисдикции. Уголовные дела могут рассматривать только суды общей юрисдикции.

В пункте 48 суд в уголовном процессе определяется как любой суд общей юрисдикции, рассматривающий уголовное дело *по существу и выносящий решения*, предусмотренные УПК РФ. То есть *рассмотрение дела по существу* по буквальному содержанию данного определения есть неотъемлемый признак любого суда. Его легко можно истолковать в том смысле, что суды первой инстанции, осуществляющие свои полномочия на досудебном производстве (ч. 2, 3 ст. 29), суды кассационной, надзорной инстанций и суды, пересматривающие приговоры, судебные определения и постановления в порядке возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, рассматривают дела по существу. Однако согласно общепринятому и устоявшемуся в доктрине судопроизводства представлению, рассмотреть дело по существу — значит исследовать все существенные обстоятельства дела, проверить доказательства и решить вопрос о виновности подсудимого в совершении преступления и назначении ему наказания. При таком подходе рассмотрение дела по существу может быть прерогативой судов лишь первой (и только в судебном производстве) и апелляционной инстанций. Вышестоящие суды, действуя в кассационном, надзорном порядке, а также суды по новым и вновь открывшимся обстоятельствам не рассматривают дела по существу, а пересматривают судебные решения с точки зрения их законности и обоснованности, что вытекает, в частности, из содержания ст. 373 и названия разд. XV Кодекса. Даже если учесть расширившиеся права кассационной инстанции по непосредственному исследованию доказательств (ч. 4—6 ст. 377), сле-

дует все же признать, что, *во всяком случае,* на досудебных стадиях суд не рассматривает дело по существу, а осуществляет здесь лишь судебный контроль. С учетом этих соображений союз «и» в данном определении необходимо толковать не как соединительный, а как разделительный — в значении «или». Тогда суд — это любой суд общей юрисдикции, рассматривающий дело по существу и (*или)* выносящий решения, предусмотренные УПК РФ.

По смыслу п. 50 комм. статьи правосудие осуществляется не только в ходе судебного, но и досудебного производства. Другими словами, судебный контроль, осуществляемый судами в *судебных заседаниях* на стадии возбуждения дела и предварительного расследования, официально признан теперь как форма правосудия по уголовным делам. Однако в судебных заседаниях суд действует на досудебном производстве не всегда. Они проводятся здесь только при решении вопросов о выдаче разрешения на производство следственного действия (ст. 165), о применении меры пресечения заключение под стражу (ст. 108) и при судебном рассмотрении жалоб (ст. 125).

Судебным разбирательством в п. 51 именуются только судебные заседания судов первой, второй и надзорной инстанций. Заседания судов, пересматривающих приговоры, судебные определения и постановления в порядке возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, в этом пункте не упоминаются, хотя и проводятся в той же самой форме, что и заседания надзорной инстанции (ст. 407, ч. 3 ст. 417).

28. *К пунктам 49, 60.* В отличие от УПК РСФСР (ст. 78, 80), в УПК РФ не сформулированы в достаточно ясной форме признаки экспертизы. Согласно ст. 9 ФЗ от 5.04.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» судебная экспертиза — это процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем или прокурором, в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу. Как следственное действие судебная экспертиза складывается из трех частей, или этапов: а) назначение экспертизы; б) проведение экспертом исследований и составление заключения; в) процессуальные действия следователя после получения заключения эксперта.

УПК РФ применяет к экспертизе определение «судебная», причем и в тех случаях, когда она назначается и проводится еще в ходе предварительного расследования (гл. 27) и даже до возбуждения уголовного дела (ч. 4 ст. 146). Видимо, этим законодатель желает подчеркнуть то обстоятельство, что результаты экспертизы предназначены для суда. Однако следует иметь в виду, что с учетом выводов эксперта могут приниматься решения о прекращении дела или уголовного преследования еще на досудебном производстве. Кроме того, признание экспертизы, проведенной на стадии предварительного расследования, *судебной* означает, что полученное таким образом письменное заключение эксперта может использоваться в суде наравне с другими доказательствами, добытыми в ходе судебного заседания, и без производства там собственного экспертного исследования. Допрос эксперта в судебном заседании является мерой факультативной и проводится по усмотрению суда. При этом эксперт не проводит дополнительных исследований, а лишь разъясняет и уточняет ранее данное заключение (ч. 2 ст. 80, ч. 1 ст. 282). Это означает возможность серьезного отступ-

ления от таких состязательных начал, как очность, устность судебного разбирательства и непосредственность исследования в нем доказательств в пользу инквизиционного принципа письменности процесса.

Экспертным учреждением, согласно п. 60 комм. статьи, признается *государственное* судебно-экспертное учреждение или *иное учреждение*, которому поручено производство судебной экспертизы. *Государственные* учреждения созданы, прежде всего, в системе Министерства юстиции, Министерства внутренних дел, Министерства здравоохранения, таможенных органов, Федеральной службы безопасности и некоторых других. К числу судебно-экспертных учреждений относятся научно-исследовательские институты и центры, бюро, лаборатории, управления и отделы. Государственные судебно-экспертные учреждения действуют на основе ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Организация и производство судебной экспертизы в медицинских учреждениях или их подразделениях, не относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти в области здравоохранения, осуществляются на основании нормативных правовых актов соответствующих федеральных органов исполнительной власти, принимаемых совместно с федеральным органом исполнительной власти в области здравоохранения. В указанных учреждениях и подразделениях не может организовываться и производиться судебно-психиатрическая экспертиза (ст. 11 Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»). Вместе с тем согласно ст. 13 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.93 г. судебно-медицинские экспертизы могут проводиться в медицинских учреждениях не только государственной, но и муниципальной системы здравоохранения. Статья 41 названного Закона также устанавливает, что в соответствии с нормами процессуального законодательства РФ (например, ч. 2 ст. 195 УПК) судебная экспертиза может производиться и вне государственных судебно-экспертных учреждений лицами, обладающими специальными знаниями в области науки, техники, искусства или ремесла, но не являющимися государственными судебными экспертами. По смыслу этой нормы такая экспертиза может поручаться специалистам в области соответствующих областей знаний, которые выступают в уголовном процессе как эксперты — *физические лица*, если даже они работают в организации (негосударственной или государственной, но не относящейся к разряду судебно-экспертных учреждений), которой на основании п. 7 ч. 2 ст. 131 УПК по договору возмещаются суммы на производство такой судебной экспертизы. При этом права, обязанности и ответственность эксперта разъясняются ему следователем, дознавателем или судом, а не руководителем подобной организации.

Руководитель судебно-экспертного учреждения может ходатайствовать перед органом или лицом, назначившими судебную экспертизу, о включении в состав комиссии экспертов лиц, не работающих в данном учреждении, если их специальные знания необходимы для дачи заключения (ст. 15 Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»).

29. О понятии частного обвинителя см. комм. к ст. 43.

ГЛАВА 2. ПРИНЦИПЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

СТАТЬЯ 6
НАЗНАЧЕНИЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

1. Уголовное судопроизводство имеет своим назначением:

1) защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений;

2) защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

2. Уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания в той же мере отвечают назначению уголовного судопроизводства, что и отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение их от наказания, реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию.

1. Синонимом слова «назначение» является понятие «цель»[1]. Следовательно, в ст. 6 речь идет о цели судопроизводства. Как вытекает из содержания п. 1, 2 ч. 1 комм. статьи, цель судопроизводства состоит в *защите* прав и законных интересов как потерпевших, так и лиц, незаконно и необоснованно обвиненных в совершении преступления. Однако данная правозащитная цель достигается лишь путем *судопроизводства*. Уголовное судопроизводство — это, согласно п. 56 ст. 5 УПК, досудебное и судебное производство по *уголовному делу.* Уголовное дело — это жизненный случай, требующий разрешения *вопроса* о необходимости применения к нему норм материального уголовного права и в отношении которого в этой связи осуществляются *процессуальные действия*. Таким образом, цель уголовного судопроизводства можно понимать *как защиту прав и законных интересов путем выяснения и разрешения в процессуальных формах вопроса о необходимости применения норм уголовного права к конкретному жизненному случаю.*

В статье 6 говорится о защите прав и интересов лишь физических и юридических лиц, однако уголовное судопроизводство — отрасль *публичного* права и деятельности, большинство уголовных дел являются делами не частного, а *публичного* обвинения (ст. 20 УПК). В ходе уголовно-процессуальной деятельности серьезно ограничиваются некоторые права и свободы граждан. На цели подобной деятельности прямо указывает ч. 3 ст. 55 Конституция РФ: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Поэтому ч. 1 ст. 6 следует толковать расширительно, а в уголовном процессе должна осуществляться защита не только частных, но и названных публичных интересов.

2. По смыслу ч. 2 комм. статьи уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания, а также отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение от ответственности и реабилитация не являются целями уголовного судопроизводства как такового. Они лишь *отвечают* общей правозащитной цели су-

---

[1] *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1994. С. 373.

допроизводства, т.е. соответствуют ей, работают на нее, являясь особенными целями сторон обвинения или защиты.

3. В ч. 2 статьи говорится об отказе от уголовного преследования невиновных и *освобождение их от наказания*. Однако следует иметь в виду, что невиновные подлежат оправданию и реабилитации, а не освобождению от наказания (ст. 302 УПК). В этой части комм. статьи также предусматривается реабилитация лишь тех, кто *необоснов*анно подвергся уголовному преследованию. Однако согласно положениям гл. 18 УПК, посвященной реабилитации, право на реабилитацию в порядке, установленном этой главой, имеют не только те, кто необоснованно стал жертвой уголовного преследования, но и любые лица, незаконно подвергнутые мерам процессуального принуждения (ч. 3 ст. 133). Кроме того, и фактически невиновное лицо может быть обоснованно подвергнуто уголовному преследованию, если говорить не о материально-правовых, а лишь о процессуальных основаниях преследования — наличии достаточных доказательств, дающих основание подозревать или даже обвинять данное лицо в совершении преступления. В дальнейшем эти доказательства могут отпасть, и такое лицо подлежит реабилитации.

СТАТЬЯ 7
ЗАКОННОСТЬ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель не вправе применять федеральный закон, противоречащий настоящему Кодексу.

2. Суд, установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта настоящему Кодексу, принимает решение в соответствии с настоящим Кодексом.

3. Нарушение норм настоящего Кодекса судом, прокурором, следователем, органом дознания или дознавателем в ходе уголовного судопроизводства влечет за собой признание недопустимыми полученных таким путем доказательств.

4. Определения суда, постановления судьи, прокурора, следователя, дознавателя должны быть законными, обоснованными и мотивированными.

1. Часть 1 комм. статьи устанавливает приоритет УПК РФ над другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами в том, что касается порядка уголовного судопроизводства. В случае коллизии норм других федеральных законов, иных нормативных правовых актов и норм УПК применяются нормы Уголовно-процессуального кодекса. То же самое относится и к законодательным актам субъектов РФ, тем более что ими вообще не может регулироваться порядок уголовного судопроизводства, являющийся предметом исключительного ведения РФ (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). Однако нормы УПК не имеют приоритета над Конституцией РФ и конституционными федеральными законами, напротив, не могут им противоречить (ч. 1 ст. 15, ч. 3 ст. 76).

Рассмотрев этот вопрос, Конституционный Суд РФ признал приоритет федеральных конституционных законов над УПК, ч. 1 и 2 ст. 7 которого распространяются лишь на случаи, когда положения иных федеральных законов, непосредственно регулирующие порядок производства по уголовным делам, противоречат УПК. Если же в ходе производства по уголовному делу будет установлено несоответствие между

федеральным конституционным законом (либо международным договором РФ) и УПК (который является обычным ФЗ), применению подлежит именно федеральный конституционный закон или, соответственно, международный договор РФ как обладающие большей юридической силой по отношению к обычному ФЗ[1].

Вместе с тем в уголовном судопроизводстве могут решаться вопросы, связанные с применением гражданского права (разрешение гражданского иска, возмещение имущественного вреда при реабилитации). Следует иметь в виду, что и в *ГК* (ч. 2 ст. 3) имеется норма о приоритете Гражданского кодекса над нормами гражданского права, содержащимися в других законах, т.е. и в таком, как УПК. Однако некоторые важные вопросы, связанные с возмещением имущественного вреда при реабилитации, в УПК решаются существенно иначе, чем в *ГК* (см. об этом комм. к статьям гл. 18). При разрешении данной коллизии следует исходить из того, что в случае коллизии между различными законами равной юридической силы приоритетными признаются последующий закон и закон, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений[2]. О безусловном приоритете норм УПК не может идти речь в случаях, когда в иных (помимо УПК, закрепляющего общие правила уголовного судопроизводства) законодательных актах устанавливаются дополнительные гарантии прав и законных интересов отдельных категорий лиц, обусловленные в т.ч. их особым правовым статусом. Так, в частности, применяется ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», которая допускает производство обыска в служебном помещении адвоката только по судебному решению, а не ст. 450 УПК, позволяющая проводить такой обыск на общих основаниях.

2. Принцип законности распространяется не только на лиц, указанных в ч. 1 комм. статьи (суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель), но и на начальника следственного отдела, начальника органа дознания и других субъектов применения норм права в уголовном процессе. Он равным образом действует не только в случае применения правовых норм, но также при их исполнении и соблюдении другими лицами, выступающими как на стороне обвинения, так и защиты, а также иными участниками уголовного судопроизводства, перечисленными в гл. 8 УПК.

3. Часть 3 комм. статьи содержит положение, аналогичное тому, которое зафиксировано в ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 1 ст. 75 УПК РФ. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что в названной статье Конституции речь идет о недопустимости использования при осуществлении правосудия доказательств, полученных с нарушением любого *федерального закона*, в то время как в УПК говорится о нарушении лишь норм самого Кодекса. Однако известно, что доказательства могут быть получены и в итоге некоторых оперативно-розыскных мероприятий (проверочная закупка, оперативный эксперимент и т.д.), в случае, когда результаты такой деятельности (изъятые наркотические вещества, акты о передаче участникам закупки меченых денежных купюр, аудио- и видеозаписи и т.п.) в дальнейшем оформлены и приобщены к делу в соответствии с процессуальными требованиями, предъявляемыми к доказательствам. Процедура проведения подобных оперативно-розыскных мероприятий регулируется нормами Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (ст. 6—9, 11). Если в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий нарушены требо-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 29.06.2004 г. № 13-П.

[2] См. Определение КС РФ от 08.11.2005 г. № 439-О.

вания названного Закона (например, мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, проведены без получения судебного решения), полученные материалы в соответствии с ч. 2 ст. 50 Конституции РФ недопустимы. По буквальному же смыслу соответствующих норм УПК их можно использовать в качестве доказательств, ибо формально они добыты без нарушения норм *Кодекса*. Представляется, что положения ч. 3 ст. 7 и ч. 1 ст. 75 УПК необходимо толковать расширительно в том смысле, что к недопустимости доказательств ведет получение их с нарушением требований не только УПК, но и любого федерального закона (более подробно о недопустимости доказательств, полученных с нарушением закона, см. комм. к ст. 75).

4. В части 4 комм. статьи содержится требование законности, обоснованности и мотивированности процессуальных решений. К сожалению, в ней указаны далеко не все виды процессуальных решений, которые должны отвечать указанным требованиям. Так, не только определения суда и постановления судей, но и постановления президиумов судов, вынесенные при пересмотре судебных решений, вступивших в законную силу, безусловно, также должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 3 ст. 408 УПК). То же самое относится к обвинительному заключению и, конечно, к приговору. С учетом данного положения следует толковать нормы, содержащиеся в ч. 3 ст. 159 и ч. 2 ст. 271 УПК, где речь идет о решениях следователя, дознавателя и суда в отношении заявленных ходатайств. В указанных статьях ничего не говорится о том, что постановления следователя, дознавателя, определения суда, постановления судьи об отказе в удовлетворении ходатайств должны быть мотивированными. Как следует из ч. 4 ст. 7 УПК, эти решения также должны быть мотивированными, что неоднократно было отмечено КС РФ[1].

5. Требование мотивированности названных решений не случайно стоит в одном ряду с требованиями их законности и обоснованности. Мотивированность решений состоит в письменном анализе законности или незаконности, а также обоснованности или необоснованности тех или иных действий, решений и ходатайств. Поскольку обоснованность есть требование наличия достаточных данных или фактических обстоятельств, указывающих на необходимость принятия соответствующих решений и действий, мотивированное решение — лишь то, в котором приводятся эти обстоятельства, а в случаях, предусмотренных законом, — и данные (как правило, доказательства). Так, не могут считаться мотивированными обвинительное заключение, приговор, постановление (определение) о прекращении дела, если в них не указано, почему одни из имеющихся в деле доказательств были приняты за основу решения, а другие отвергнуты. В подобных случаях мотивированность есть внешнее проявление требования оценки доказательств в их *совокупности* (ст. 88 УПК).

СТАТЬЯ 8
ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ ПРАВОСУДИЯ ТОЛЬКО СУДОМ

1. Правосудие по уголовному делу в Российской Федерации осуществляется только судом.

2. Никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда и в порядке, установленном настоящим Кодексом.

---

[1] См. Определения КС РФ от 08.07.2004 № 237-О и от 25.01.2005 № 42-О.

3. Подсудимый не может быть лишен права на рассмотрение его уголовного дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено настоящим Кодексом.

1. Правосудие — емкое понятие, которое не сводится лишь к деятельности в судебном разбирательстве по первой инстанции. По смыслу конституционных норм, посвященных судебной власти (гл. 7 Конституции РФ), термином «правосудие» обозначается содержание судебной деятельности по конкретным юридическим делам, соответствующей всем требованиям закона. Поэтому в понятие правосудия входит не только деятельность судов первой инстанции по рассмотрению и разрешению дел *по существу* (см. об этом п. 27 комм. к ст. 5), но и рассмотрение дел в апелляционном, кассационном порядке, в порядке надзора и ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. Кроме того, в понятие правосудия включен в новом Кодексе и такой вид деятельности, как *судебный контроль* на досудебных стадиях процесса в тех случаях, когда он осуществляется в судебных заседаниях (п. 50 ст. 5).

2. Центральным моментом судебной деятельности по осуществлению правосудия является признание подсудимого в судебном разбирательстве виновным в совершении преступления и назначение ему в случаях, предусмотренных законом, наказания либо оправдание. В части 2 комм. статьи подтвержден принцип, согласно которому «никто не может быть *признан* виновным в совершении преступления *и* подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда и в порядке, установленном настоящим Кодексом». Это означает, в частности, что лишь суд может *признать* лицо виновным в совершении преступления. Признание виновным следует отличать от *установления* виновности лица в совершении *преступления* (ст. 75—78, 84 *УК*), которое может иметь место и по постановлению следователя или дознавателя, когда они с согласия прокурора прекращают уголовное дело по т.н. *нереабилитирующим основаниям*, т.е. таким, которые не влекут за собой реабилитации подозреваемого или обвиняемого (см. об этом комм. к ст. 24—28, 133). Установление следователем или дознавателем виновности не может порождать тех юридических последствий, что признание виновности судом — назначения наказания и судимости.

3. В ч. 3 ст. 8 закреплено положение, которое в теории уголовного процесса известно как право на *естественный суд*. Однако если ч. 1 ст. 47 Конституции РФ устанавливает, что данного права не может быть лишен *«никто»*, то ч. 3 ст. 8 УПК оставляет его только за «подсудимым». Таким образом, по буквальному смыслу комм. статьи может сложиться впечатление, что в ходе досудебного производства (когда еще нет *подсудимого*) судебный контроль может осуществлять *всякий,* произвольно определенный судья. Однако, во-первых, в ч. 9 ст. 31 УПК оговаривается, что в ходе досудебного производства по уголовному делу решения, указанные в ч. 2 и 3 ст. 29 УПК, принимают *районный суд* и военный суд соответствующего уровня. Во-вторых, в ч. 4 ст. 108 и ч. 1 ст. 125 сказано, что рассмотрением вопроса о даче разрешения на заключение под стражу и жалоб на решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора занимается лишь *суд по месту производства предварительного расследования* либо (в случае заключения под стражу) также и *суд по месту задержания подозреваемого*.

4. Конституционное право на естественный суд не всегда выдерживается в УПК РФ. Так, согласно подп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 35 территориальная подсудность уголовного

дела все же может быть изменена председателем вышестоящего суда или его заместителем, «если все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу, что является основанием для их отвода в соответствии со статьей 63 настоящего Кодекса». Как видим, подсудность здесь *законом* не определена — напротив, говорится о ее изменении *судебным чиновником*, который определяет другой суд, где будет рассматриваться дело, фактически *по своему усмотрению*. Согласия обвиняемого в данном случае не требуется, что также противоречит ч. 1 ст. 47 Конституции РФ.

СТАТЬЯ 9
УВАЖЕНИЕ ЧЕСТИ И ДОСТОИНСТВА ЛИЧНОСТИ

1. В ходе уголовного судопроизводства запрещаются осуществление действий и принятие решений, унижающих честь участника уголовного судопроизводства, а также обращение, унижающее его человеческое достоинство либо создающее опасность для его жизни и здоровья.

2. Никто из участников уголовного судопроизводства не может подвергаться насилию, пыткам, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению.

1. Честь — это хорошая, незапятнанная репутация либо достойные уважения моральные качества человека, его соответствующие принципы. Достоинство — совокупность высоких моральных качеств человека, а также уважение их в самом себе[1]. Если толковать ч. 1 комм. статьи буквально, то вынесение любого обвинительного приговора невозможно, ибо хорошая репутация человека в результате его осуждения за совершение преступления неизбежно страдает, а моральные качества подвергаются сомнению. Точно так же может страдать и уважение к самому себе (например, в случае раскаяния обвиняемого). Следовательно, данную норму необходимо толковать ограничительно: запрещаются лишь такие действия, которые *неправомерно* и *незаслуженно* умаляют репутацию человека и его самоуважение.

2. В части 2 комм. статьи содержится конкретизация данного положения. Насилие — это по смыслу статьи не только физическое, но и психическое насилие, т.е. угрозы как средство подавление воли человека (действия или высказывания, выражающие намерение немедленно применить силу).

3. Согласно ст. 1 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.84 г., принятой Генеральной Ассамблеей ООН и вступившей в силу (в т.ч. для России) 26.06.87 г., понятие «пытки» «означает любое действие, которым какому-либо лицу умышленно причиняется сильная боль или страдание, физическое или нравственное, чтобы получить от него или от третьего лица сведения или признания, наказать его за действие, которое совершило оно или третье лицо или в совершении которого оно подозревается, а также запугать или принудить его или третье лицо, или по любой причине, основанной на дискриминации любого характера, когда такая боль или страдание причиняются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим

[1] *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Указ. соч. С. 172, 870.

в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия. В это определение не включается боль или страдания, которые возникают лишь в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно». В соответствии со ст. 2 Конвенции «каждое государство-участник предпринимает эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для предупреждения актов пыток на любой территории, находящейся под его юрисдикцией. Никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были, будь то состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток. Приказ вышестоящего начальника или государственной власти не может служить оправданием пыток». Конвенция также устанавливает, что «каждое государство-участник обеспечивает любому лицу, которое утверждает, что оно было подвергнуто пыткам на любой территории, находящейся под юрисдикцией этого государства, право на предъявление жалобы компетентным властям этого государства и на быстрое и беспристрастное рассмотрение ими такой жалобы. Предпринимаются меры для обеспечения защиты истца и свидетелей от любых форм плохого обращения или запугивания в связи с его жалобой или любыми свидетельскими показаниями» (ст. 13).

Статья 16 Конвенции также предусматривает, что «каждое государство-участник обязуется предотвращать на любой территории, находящейся под его юрисдикцией, другие акты жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания, которые не подпадают под определение пытки, содержащееся в статье 1, когда такие акты совершаются государственным должностным лицом или иным лицом, выступающим в официальном качестве, или по их подстрекательству, или с их ведома или молчаливого согласия» (ст. 16). Выражение «жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания» не было определено Генеральной Ассамблеей, но его следует истолковывать таким образом, чтобы предоставлялась по возможности наиболее широкая защита от злоупотреблений как физического, так и *психологического* характера. В этой связи представляются особенно практически важными положения, закрепленные в Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденном Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 43/173. Так, согласно принципу 21 Свода «запрещается злоупотреблять положением задержанного или находящегося в заключении лица с целью принуждения его к признанию, какому-либо иному изобличению самого себя или даче показаний против любого другого лица. Ни одно задержанное лицо не должно подвергаться во время допроса насилию, угрозам или *таким методам дознания, которые нарушают его способность принимать решения или выносить суждения*». Исходя из смысла данной нормы, неправомерны: понуждение к даче показаний под угрозой применения к лицу задержания либо заключения под стражу; проведение допроса такой чрезмерной длительности или при таком физическом состоянии допрашиваемого, что это лишает его адекватной способности к отстаиванию своей позиции; использование следователем в ходе допроса оскорбительных и нецензурных выражений и т.п.

4. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (ст. 3) гласит: «Никто не должен подвергаться ни пыткам, ни бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию». Европейский Суд по правам человека

в ряде своих решений признал нарушение названной статьи Российской Федерацией в части обеспечения условий содержания под сражей. Чрезмерная переполненность камер, антисанитарная обстановка в них и вредные для здоровья и благополучия заключенных последствия этой обстановки в сочетании с длительностью срока содержания в таких условиях приравниваются к унижающему достоинство обращению[1].

5. С учетом положений ч. 3 ст. 7 и ч. 1 ст. 75 УПК применение в ходе процессуальных действий насилия, пыток или другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения влечет за собой признание полученных таким путем доказательств недопустимыми.

СТАТЬЯ 10
НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЛИЧНОСТИ

1. Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления или заключен под стражу при отсутствии на то законных оснований, предусмотренных настоящим Кодексом. До судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов.

2. Суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель обязаны немедленно освободить всякого незаконно задержанного, или лишенного свободы, или незаконно помещенного в медицинский или психиатрический стационар, или содержащегося под стражей свыше срока, предусмотренного настоящим Кодексом.

3. Лицо, в отношении которого в качестве меры пресечения избрано заключение под стражу, а также лицо, которое задержано по подозрению в совершении преступления, должно содержаться в условиях, исключающих угрозу его жизни и здоровью.

1. Неприкосновенность личности усматривается в том, что никто не может подвергнуться задержанию или заключению под стражу иначе как в случаях, предусмотренным законом, и при соблюдении процессуальных форм, предписанных законом.

В ст. 5 Римской конвенции о защите прав человека и основных свобод сказано:

> «Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в *следующих случаях и в порядке*, установленном законом:
>
> a) законное содержание лица под стражей после его осуждения компетентным судом;
>
> b) законный арест или задержание лица за невыполнение законного решения суда или с целью обеспечения выполнения любого обязательства, предписанного законом;
>
> c) законный арест или задержание лица, произведенное с тем, *чтобы оно предстало перед компетентным судебным органом* по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения;

---

[1] См.: постановления Европейского Суда по правам человека: от 15.07.2002 г. по делу Калашников против РФ; от 16.06.2005 по делу Лабзов против РФ // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2005. № 10. С. 51, 66—76; постановление Европейского Суда по правам человека от 25.10.2005 по делу Федотов против РФ // Там же. 2006. № 3. С. 4, 58—75.

d) задержание несовершеннолетнего лица на основании законного постановления для воспитательного надзора или его законное задержание произведенное с тем, чтобы оно предстало перед компетентным органом;

e) законное задержание лиц с целью предотвращения распространения инфекционных заболеваний, а также душевнобольных, алкоголиков, наркоманов или бродяг;

f) законный арест или задержание лица с целью предотвращения его незаконного въезда в страну или лица, против которого принимаются меры по его высылке или выдаче.

...Каждому арестованному *незамедлительно* сообщаются на понятном ему языке *причины его ареста и любое предъявляемое ему обвинение*.

...Каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию в соответствии с положениями подпункта (c) пункта 1 настоящей статьи, *незамедлительно* доставляется к судье или к иному должностному лицу, уполномоченному законом осуществлять судебные функции, и *имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда*. Освобождение может ставиться в зависимость от предоставления гарантий явки в суд.

...Каждый, кто лишен свободы путем ареста или задержания, имеет право на разбирательство, в ходе которого суд безотлагательно решает вопрос о законности его задержания и выносит постановление о его освобождении, если задержание незаконно.

...Каждый, кто стал жертвой ареста или задержания в нарушение положений настоящей статьи, имеет право на компенсацию».

2. Указанные положения Римской конвенции частично реализованы в новом УПК. Так, в ст. 91 и 97 и ч. 1 ст. 108 УПК установлены основания для задержания подозреваемого и меры пресечения заключение под стражу (см. комм. к ст. 91, 97, 108). После доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору в достаточно короткий срок — не более 3 часов, т.е. *незамедлительно*, составляется протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому *разъяснены права*, предусмотренные ст. 46 УПК. В протоколе указываются дата и время составления протокола, дата, время, место, *основания и мотивы задержания* подозреваемого, результаты его личного обыска и другие обстоятельства его задержания. Протокол задержания подписывается лицом, его составившим, и подозреваемым (ч. 1, 2 ст. 92 УПК). При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключение под стражу прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора возбуждают *перед судом* соответствующее ходатайство. Если такое ходатайство возбуждается в отношении подозреваемого, подвергнутого задержанию, то постановление и материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства, должны быть представлены судье не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания; затем еще в течение 8 часов это ходатайство рассматривается судьей в судебном заседании с участием подозреваемого (ч. 3, 4 ст. 108), что укладывается в 48-часовой срок задержания, указанный в ст. 10 УПК, и рассматривается как *незамедлительное* доставление к судье.

Тем не менее, не все из названных положений обязательной для России Римской конвенции нашли воплощение в новом Кодексе. Так, в случае заключения под стражу подозреваемого *обвинение* может быть предъявлено ему в пределах 10, а в некоторых случаях — 30 суток (ст. 100). Это вряд ли можно назвать незамедлительным сообщением арестованному «*любого предъявляемого ему обвинения*». УПК ни словом не упоминает и о *праве арестованного на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда.* Не так решается данный вопрос в процессуальных системах, где такое право реализовано. Например, в Англии и Уэльсе предвари-

тельное заключение до предания суду не может продолжаться более 70 дней и более 112 дней с момента предания суду до начала судебного разбирательства; в Шотландии обвиняемый, содержащийся под стражей, должен быть освобожден, если на 110-й день не было начато судебное рассмотрение его дела. В Нидерландах дело может быть рассмотрено судом, только если прокурор направит его в суд в течение 100 дней с начала ареста. В США согласно акту «О скором судопроизводстве» (§ 3161—3174 разд. 18 Свода законов США) обвинительный акт должен быть предъявлен обвиняемому в течение 30 дней со дня его ареста или первого вызова повесткой — в противном случае дело должно быть прекращено.

3. В части 2 комм. статьи говорится, что именно суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель обязаны немедленно освободить всякого незаконно задержанного, или лишенного свободы, или незаконно помещенного в медицинский или психиатрический стационар, или содержащегося под стражей свыше срока, предусмотренного УПК. Однако это не означает, что при непоступлении от указанных лиц соответствующего постановления или определения арестованный не подлежит освобождению. Начальник изолятора временного содержания или следственного изолятора обязан освободить лицо из-под стражи, если к моменту окончания срока содержания под стражей не поступит постановление о его продлении (ст. 50 Закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

4. Можно приветствовать требование ч. 3 ст. 10 УПК содержать задержанного подозреваемого или лицо, заключенное под стражу, «в условиях, исключающих угрозу его жизни и здоровью». Наличие подобной угрозы может быть выявлено, в частности, с помощью медицинского обследования, право на которое у всякого лица, содержащегося под стражей, предусматривает Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (принципы 24—26). В этих случаях действия или бездействие должностных лиц, приведшие к возникновению такой угрозы, могут быть обжалованы в суд в порядке, установленном гл. 16 УПК. Суд должен обязать их устранить допущенное нарушение, а если это в ближайшее время объективно невозможно (например, ввиду недостатка площадей в следственном изоляторе), то, как нам представляется, — освободить арестованного.

Так, Европейский Суд по правам человека признает, что условия содержания обвиняемого под стражей, в частности чрезмерная переполненность камеры, антисанитарная обстановка в ней и вредные для здоровья заявителя последствия этой обстановки в сочетании с длительностью срока содержания в таких условиях, приравниваются к унижающему достоинство обращению[1].

СТАТЬЯ 11
ОХРАНА ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

1. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчи-

[1] См. постановление Европейского Суда по правам человека от 15.07.2002 г. по делу Калашников против РФ.

ку, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав.

2. В случае согласия лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, дать показания дознаватель, следователь, прокурор и суд обязаны предупредить указанных лиц о том, что их показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу.

3. При наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности, предусмотренные статьями 166 частью девятой, 186 частью второй, 193 частью восьмой, 241 пунктом 4 части второй и 278 частью пятой настоящего Кодекса.

4. Вред, причиненный лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование, подлежит возмещению по основаниям и в порядке, которые установлены настоящим Кодексом.

1. В части 1 статьи говорится о разъяснении прав, обязанностей, ответственности и обеспечении возможности осуществления прав подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также *другим участникам уголовного судопроизводства*. Разъяснение должно производиться, во-первых, сразу после ознакомления участника процесса с решением о признании за ним соответствующего процессуального статуса, а во-вторых, при проведении конкретного следственного и иного процессуального действия с его участием — о правах и обязанностях в ходе этого действия. Невыполнение лицом, ведущим процесс, этой обязанности может привести к аннулированию процессуального действия и признание его результатов юридически ничтожными. В частности, полученные с такими нарушениями доказательства во всех случаях должны быть признаны недопустимыми. Неразъяснение судом, прокурором, следователем, дознавателем прав участникам процесса — физическим лицам, выступающим как на стороне обвинения, так и стороне защиты, которые могут и не знать эти права сами, должно рассматриваться как посягательство на принцип равенства сторон, основополагающий для состязательного построения процесса, следовательно, как существенное процессуальное нарушение[1].

В комм. статье говорится о разъяснении прав всем без исключения участникам уголовного судопроизводства, однако вряд ли это необходимо в отношении адвоката, выступающего в качестве защитника или представителя. Напротив, адвокат сам обязан разъяснять своему клиенту его права и обязанности и доступными ему средствами обеспечивать возможность осуществления этих прав.

2. Положения ч. 1 ст. 11 необходимо учитывать и при производстве тех процессуальных действий, описание которых в статьях Кодекса не содержит упоминания

[1] См. Постановление КС РФ от 25.04.2001 г. № 6-П.

о разъяснении прав и обязанностей участвующих в них лицам. Так, например, сравнительный анализ ст. 42, 54, 44, 215—218, 225 УПК показывает, что в них прямо не предусмотрена обязанность следователя разъяснять потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям их права и обязанности при вынесении решения о признании за ними соответствующего процессуального статуса, а также при окончании предварительного расследования. Представляется, что в указанные моменты разъяснение прав и обязанностей обязательно (потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям при ознакомлении с материалами дела — при условии заявления ими ходатайств о таком ознакомлении), тем более что это предусмотрено в ряде других случаев — при производстве следственных действий (ч. 5 ст. 164, ч. 4 ст. 170), в начале судебной проверки по жалобам на решения и действия дознавателя, следователя и прокурора (ч. 4 ст. 125) и др.

3. В части 2 комм. статьи упоминается лишь *свидетельский* иммунитет, при отказе от которого показания могут быть использованы в качестве доказательств (см. комм. к ст. 56). Однако дознаватель, следователь, прокурор и суд обязаны предупредить о возможности использования их показаний не только свидетелей, но и других лиц, обладающих правом не давать показания. К ним относятся подозреваемый и обвиняемый (п. 2 ч. 4 ст. 46, п. 3 ч. 4 ст. 47), потерпевший (п. 3 ч. 2 ст. 42), гражданский истец и гражданский ответчик (п. 7 ч. 4 ст. 44, п. 4 ч. 2 ст. 54), их представители (ст. 55). Обязаны отказаться от дачи показаний: судья, присяжный заседатель — об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу, защитник подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с участием в производстве по уголовному делу, адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи, священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди (п. 1—4 ч. 3 ст. 56). Представляется, что лишь присяжному заседателю и священнослужителю право не давать показания должно разъясняться, поскольку эти лица, в отличие от других лиц, перечисленных в ч. 3 ст. 56 УПК, могут не быть профессиональными юристами.

Об условиях оглашения ранее данных показаний см. комм к п. 1, 2 ч. 1 ст. 281.

4. Права должны разъясняться не только в случае формального признания за участником процесса соответствующего процессуального статуса, но и с учетом его фактического положения в процессе. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 27.06.2000 г. № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова указал, что «поскольку конституционное право на помощь адвоката (защитника) не может быть ограничено федеральным законом, то применительно к его обеспечению понятия «задержанный», «обвиняемый», «предъявление обвинения» должны толковаться в их конституционно-правовом, а не в придаваемом им Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР более узком смысле. В целях реализации названного конституционного права необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и *фактическое положение лица*, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпри-

нимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со статьей 51 (часть 1) Конституции РФ права не давать показаний против себя самого). Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику)». Представляется, что право на помощь адвоката в таких случаях должно быть разъяснено.

5. В части 3 комм. статьи говорится о *мерах безопасности*, принимаемых в отношении потерпевшего, свидетеля или иных участников уголовного судопроизводства, а также их близких родственников, родственников или близких лиц (о понятии близких родственников, родственников или близких лиц см. комм. к ст. 5).

Государственная защита участников уголовного процесса осуществляется в рамках нескольких правовых отраслей: уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного, административного, гражданского права. ФЗ от 20.08.2004 г. «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» устанавливает систему мер государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, включающую в себя: 1) меры безопасности, направленные на защиту их жизни, здоровья, имущества, и 2) меры социальной защиты, применяемые в связи с гибелью указанных лиц или повреждением их здоровья. Статья 6 названного Закона указывает следующие меры безопасности: охрану, выдачу средств индивидуальной защиты, обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице, переселение его в другое место жительства, замену документов, изменение внешности, места работы и др. В рамках государственной защиты участников уголовного процесса выделяются меры, предусмотренные уголовно-процессуальным правом. К процессуальным мерам безопасности относятся следующие действия:

а) невключение в протокол следственного действия данных о личности потерпевшего, его представителя или свидетеля. В этом случае следователь с согласия прокурора выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием (ч. 9 ст. 166);

б) контроль и запись телефонных и иных переговоров при наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц (ч. 2 ст. 186);

в) предъявление лица для опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым (ч. 8 ст. 193);

г) рассмотрение дела в закрытом судебном заседании (п. 4 ч. 2 ст. 241);

д) допрос свидетеля в судебном заседании без оглашения подлинных данных о личности свидетеля в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление (ч. 5 ст. 278).

6. О возмещении вреда, причиненного лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование (см. комм. к статьям гл. 18).

СТАТЬЯ 12
НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЖИЛИЩА

1. Осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения, за исключением случаев, предусмотренных частью пятой статьи 165 настоящего Кодекса.

2. Обыск и выемка в жилище могут производиться на основании судебного решения, за исключением случаев, предусмотренных частью пятой статьи 165 настоящего Кодекса.

1. В действующем УПК впервые сформулировано положение, которое и ранее вытекало из толкования закона: осмотр жилища производится только *с согласия* проживающих в нем лиц. В случае если в период действия УПК РСФСР следователь или орган дознания пытались произвести осмотр в жилище до возбуждения дела, то при отсутствии такого согласия им приходилось выносить постановление об обыске, для чего, как известно, необходимо сначала возбудить уголовное дело. Принять же решение о возбуждении дела без данных осмотра зачастую весьма затруднительно, что создавало предпосылки для попыток обойти закон. Теперь при отсутствии согласия проживающих в жилище лиц осмотр может быть проведен на основании судебного решения. В Кодексе есть неопределенность о том, можно ли до возбуждения дела произвести осмотр жилища против воли проживающих в нем лиц, если это жилище является местом происшествия (см. об этом комм. к ст. 176).

Однако в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, а также личного обыска не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя без получения судебного решения (ч. 5 ст. 165). В этом случае следователь в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия обязан уведомить судью и прокурора о производстве следственного действия. Судья 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 в соответствии со ст. 75 УПК.

2. Следует обратить внимание на то, что на основании судебного решения осмотр против воли владельцев помещения, обыск и выемка производятся только в жилище (о понятии жилища см. комм. к ст. 5). Для проведения этих действий в производственных и управленческих помещениях предприятий или организаций, других помещениях, не являющихся жилищем, такого решения не требуется. Это связано с тем, что судебной защите подлежит лишь конституционное право граждан на неприкосновенность именно жилища (ст. 25 Конституции РФ), а не каких-либо иных помещений.

3. Как представляется, осмотр жилища без согласия проживающих в нем лиц отличается от обыска и выемки тем, что изъятие в ходе осмотра предметов и документов все же не может производиться принудительно, против воли владельцев жилища. Целью осмотра является лишь обнаружение следов преступления и выяснение других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 176 УПК), в то время как целью обыска и выемки может быть также и принудительное изъятие этих объектов.

4. Особенности производства обыска, выемки и осмотра помещений в отношении лиц, пользующихся служебным иммунитетом, предусмотрены гл. 52 УПК и рядом других законов: ст. 16 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»; ст. 15 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». Депутаты Государственной Думы и члены Совета Федерации не могут быть в связи с действиями по осуществлению депутатской деятельности подвергаться обыску без согласия соответствующей палаты Федерального Собрания, испрошенного по представлению Генерального прокурора РФ, за исключением случаев задержания на месте преступления. Неприкосновенность депутата Государственной Думы и члена Совета Федерации распространяется на занимаемые ими жилые помещения и служебные транспортные средства, их документы и багаж (ст. 98 Конституции РФ, ст. 19 ФКЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»). Президент России неприкосновенен (ст. 91 Конституции РФ). Президента нельзя подвергать обыску и другим принудительным мерам. Неприкосновенность Президента распространяется на его жилье, служебные помещения, принадлежащие или используемые им вещи. Уполномоченный по правам человека в РФ пользуется неприкосновенностью в течение всего срока своих полномочий. Он, в частности, не может без согласия Государственной Думы быть подвергнут обыску (ч.1 ст. 12 ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»).

5. Правила о неприкосновенности жилища распространяются на любое проникновение в него, в т.ч. с целью проведения других следственных действий — допроса, проверки показаний на месте, осмотра отдельных предметов и документов и т.д., а также на оперативно-розыскные мероприятия.

6. Согласно п. 18 ст. 11 Закона РФ «О милиции» она имеет право «входить беспрепятственно в жилые и иные помещения граждан, на принадлежащие им земельные участки, на территорию и в помещения, занимаемые организациями, и *осматривать* их при преследовании лиц, подозреваемых в совершении преступлений, либо при наличии достаточных данных полагать, что там совершено или совершается преступление, произошел несчастный случай, а также для обеспечения личной безопасности граждан и общественной безопасности при стихийных бедствиях, катастрофах, авариях, эпидемиях, эпизоотиях и массовых беспорядках. О всех случаях проникновения в жилище против воли проживающих в нем граждан милиция уведомляет прокурора в течение 24 часов».

С учетом положения ч. 2 ст. 4 Закона «О введение в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» с 01.01.2004 г. милиция, как орган дознания, обязана уведомлять о таких случаях проникновения в жилище против воли проживающих в нем граждан, *если это связано с производством процессуального осмотра*, не прокурора, а судью. Представляется, что во всех прочих случаях, указанных в названном пункте ст. 11 Закона «О милиции» (в частности, при проникновении в жилище при преследовании лиц, подозреваемых в совершении преступлений, и т.д.), уведомление по-прежнему должно направляться прокурору.

СТАТЬЯ 13
ТАЙНА ПЕРЕПИСКИ, ТЕЛЕФОННЫХ И ИНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ, ПОЧТОВЫХ, ТЕЛЕГРАФНЫХ И ИНЫХ СООБЩЕНИЙ

1. Ограничение права гражданина на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений допускается только на основании судебного решения.

2. Наложение ареста на почтовые и телеграфные отправления и их выемка в учреждениях связи, контроль и запись телефонных и иных переговоров могут производиться только на основании судебного решения.

1. Тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, т.е. тайна связи, состоит в том, что информация о почтовых отправлениях, телефонных переговорах, телеграфных и иных сообщениях, а также сами эти отправления (сообщения) могут выдаваться только отправителям и адресатам или их законным представителям. Задержка, осмотр и выемка почтовых отправлений и документальной корреспонденции, прослушивание телефонных переговоров и ознакомление с сообщениями электросвязи, а также иные ограничения тайны связи допускаются лишь на основании судебного решения (ст. 63—64 ФЗ от 07.06.2003 г. «О связи»; ст. 15 ФЗ от 17.07.99 г. «О почтовой связи»).

2. В части 2 комм. статьи упоминаются *следственные действия* — наложение ареста на почтовые и телеграфные отправления и их выемка (согласно ч. 1 ст. 185, это бандероли, посылки или другие почтово-телеграфные отправления либо теле- или радиограммы), контроль и запись телефонных и иных переговоров (ст. 186), которые проводятся на основании судебного решения. При отказе судьи в даче разрешения на проведение этих следственных действий на постановление судьи может быть принесено представление прокурора в кассационном или надзорном порядке (ст. 127 УПК). Указанные следственные действия необходимо отличать от оперативно-розыскных мероприятий — контроля почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивания телефонных переговоров, снятия информации с технических каналов связи, которые проводятся также по решению суда. В случае получения отказа судьи орган, осуществляющий ОРД, вправе обратиться по этому вопросу в вышестоящий суд (п. 9 — 11 ст. 6, ст. 9 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»), но не с целью пересмотра решения судьи в кассационном или надзорном порядке (ибо это не процессуальная деятельность), а вновь.

3. Часть 2 комм. статьи (в ред. от 4.07.2003 г.) приведена в соотвествие с конституционной нормой (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ), согласно которой ограничения права каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений допускается «только на основании судебного решения». Это означает, что даже в неотложных ситуациях органы предварительного расследования без решения суда не вправе проводить контроль и запись переговоров, налагать арест на почтовые отправления.

СТАТЬЯ 14
ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ

1. Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда.

2. Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения.

3. Все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого.

4. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях.

1. Презумпция — это предположение, условно принимаемое за истину. Согласно презумпции невиновности лицо, обвиняемое в совершении преступления, *условно предполагается* невиновным, пока окончательно не доказано обратное. То есть презумпция невиновности не равнозначна утверждению, что обвиняемый действительно невиновен или что он *является* невиновным, — она лишь требует *считать* его невиновным до тех пор, пока в обвинительном приговоре суда, вступившем в законную силу, он не будет признан виновным.

2. Понятие «обвиняемый» используется в комм. статье в широком смысле, охватывая также и подозреваемого, а также всех прочих лиц, в отношении которых фактически ведутся действия инкриминирующего характера (например, свидетеля, которого допрашивают об обстоятельствах, могущих быть использованы против него).

3. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования по т.н. *нереабилитирующим* основаниям — ввиду истечения сроков давности, недостижения лицом возраста уголовной ответственности, смерти подозреваемого и обвиняемого, акта амнистии, примирения сторон, в связи с деятельным раскаянием (см. о них комм. к гл. 4 и 18) — не означает, что презумпция невиновности после этого полностью прекращает свое действие и лица, в отношении которых состоялись подобные решения, считаются виновными. Поскольку в этих случаях имеет место лишь *установление* виновности лица для целей прекращения дела или преследования, а не *признание* его виновным в совершении преступления *приговором суда* (см. об этом комм. к ст. 8), презумпция невиновности не прекращает своего действия. Это выражается, например, в том, что такие лица не имеют судимости (ст. 86 *УК*); не могут именоваться совершившими преступление, а лишь теми, *против которых осуществлялось уголовное преследование* (ст. 25, 26, 28 УПК), не могут быть уволенными со службы за совершение преступления, не могут быть подвергнуты дискриминации при решении вопроса о выдаче им заграничного паспорта, предоставлении российского гражданства и т.д. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 28.10.96 г. по делу о проверке конституционности ст. 6 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина О.В. Сушкова указал, что «решение о прекращении уголовного дела (*по нереабилитирующему основанию. — А.С.*) не подменяет собой приговор суда и, следовательно, не является актом, который устанавливает виновность обвиняемого в том смысле, как это предусмотрено статьей 49 Конституции Российской Федерации». Вместе с тем действие

презумпции невиновности после прекращения дела или преследования по нереабилитирующим основаниям как бы ослаблено, неполно. Так, согласно положениям ст. 133 УПК у названных лиц право на *реабилитацию*, в т.ч. на возмещение вреда, причиненного уголовным преследованием, не возникает.

4. Согласно презумпции невиновности обвиняемый *не обязан* доказывать свою невиновность, хотя *вправе* это делать. Это значит, что он не может быть понуждаем к даче любых показаний под страхом какой бы то ни было юридической ответственности, а отказ от дачи показаний не может быть истолкован ни как признание им своей виновности, ни как отягчающее наказание обстоятельство. В то же время защитник обвиняемого и *вправе,* и *обязан* доказывать его невиновность или наличие смягчающих обстоятельств.

Однако Европейский Суд по правам человека, соглашаясь с тем, что в общем случае бремя доказывания лежит на стороне обвинения, тем не менее указал, что бремя доказывания может быть возложено на сторону защиты, когда без каких-либо объяснений, подтверждающих невиновность, факты очевидным образом свидетельствуют против обвиняемого[1]. При этом суд может делать умозаключения из неспособности обвиняемого объяснить подобные обстоятельства, хотя этого требует здравый смысл (например, в случае отказа обвиняемого объяснить свое пребывание в помещении, где содержался заложник, либо неспособности объяснить происхождение обнаруженной у него крупной суммы денег и т.д.).

5. Бремя доказывания — это негативные последствия недоказанности стороной обстоятельств, положенных ей в обоснование своей процессуальной позиции. Согласно ч. 2 комм. статьи бремя доказывания обвинения и опровержения доводов защиты лежит на стороне обвинения. Помимо бремени доказывания виновности, на обвинителе лежит общее бремя доказывания обстоятельств, относящихся ко всем элементам и признакам состава инкриминируемого преступления. Обвинитель несет также бремя опровержения *доводов стороны защиты* в отношении названных обстоятельств. Однако это касается не голословных утверждений обвиняемого, защитника и других лиц, выступающих на стороне защиты, а только тех, в подтверждение которых *приводятся* хотя бы какие-нибудь разумные аргументы и объяснения. В противном случае обвинению пришлось бы столкнуться с непосильной задачей опровержения любого, даже самого невероятного и фантастического довода защиты. Если защитой выдвигается, например, утверждение о невменяемости обвиняемого, она должна в подтверждение этого привести конкретные обстоятельства. Это не бремя доказывания, ибо защите не обязательно *доказать* невменяемость с полной несомненностью — достаточно, чтобы относительно нее оставались хотя бы *разумные сомнения*.

Вместе с тем в УПК предусмотрено и *специальное* бремя доказывания, которое не обязательно лежит на обвинителе. В соответствии с ч. 4 ст. 235 при рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного *стороной защиты* на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре, что соответствует общему правилу. Однако в остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство. Другими словами, если сторона защиты зая-

[1] См. решение по делу «Murrey v. The United Kingdom» от 8.02.96 г.

вит ходатайство не об исключении недопустимых доказательств, а какое-либо другое (например, об отсутствии оснований для содержания обвиняемого под стражей), бремя доказывания ложится на нее. Представляется, что это правило применимо ко всем стадиям процесса, поскольку нет никаких оснований считать его специфичным лишь для стадии подготовки к судебному заседанию.

6. Неустранимые сомнения, о которых сказано в ч. 3 комм. статьи, это только *неустранимые* сомнения в существовании доказываемого обстоятельства, т.е. такие, которые остались, несмотря на использование всех средств и способов доказывания, которые были возможны по данному делу. При неустранимых сомнениях в виновности обвиняемого они толкуются в его пользу, т.е. он должен быть признан невиновным. Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 20.04.99 г. по делу о проверке конституционности положений п. 1 и 3 ч. 1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда Н. Новгорода, неустранимость сомнений в виновности обвиняемого имеет место не только тогда, когда установлено объективное отсутствие достаточных доказательств виновности, но и тогда, когда при возможном их существовании сторона обвинения не принимает мер к их получению. Суд в таких ситуациях не должен по собственной инициативе восполнять недостатки в доказательствах обвинения, поскольку не может выполнять обвинительной функции.

7. Положение о том, что обвинительный приговор не может быть основан на предположениях, следует толковать ограничительно. Речь идет лишь о таких предположениях, на основе которых могут быть сделаны обвинительные выводы. Если же это результат толкования сомнений в пользу обвиняемого, то такие предположения могут и должны быть использованы при постановлении обвинительного приговора.

СТАТЬЯ 15
СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ СТОРОН

1. Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон.

2. Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо.

3. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

4. Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом.

1. *Состязательный* уголовный процесс традиционно характеризуется следующими существенными признаками.

Деятельностью в нем двух противоположных *сторон* — обвинения (уголовного преследования) и защиты. Это необходимо постольку, поскольку для всякого состязания необходимы как минимум два конкурирующих субъекта.

Процессуальным равенством сторон. Состязание будет справедливым только тогда, когда противоборствующие стороны находятся в одной «весовой категории», т.е.

обладают сравнимыми возможностями по отстаиванию своих интересов. Однако в ч. 4 комм. статьи говорится не о равенстве, а о *равноправии* сторон перед судом, т.е. равенстве прав, а не процессуальных возможностей. Тем не менее, фактически процессуальный статус государственного уголовного преследователя во многом *не совпадает* с правами и обязанностями обвиняемого и защитника. Даже в судебном заседании, где стороны, казалось бы, имеют внешне тождественные права по представлению и исследованию доказательств, заявлению ходатайств и отводов, высказыванию мнений, выступлению в судебных прениях и т.д. (ст. 244), в целом их процессуальное положение весьма различается. Так, бремя доказывания, как правило, лежит на обвинителе, а все сомнения толкуются в пользу обвиняемого (ст. 14). Последний к тому же имеет на своей стороне и такое бесспорное преимущество, как возможность самому давать (или не давать) показания и объяснения, тем самым непосредственно и оперативно воздействуя в свою пользу на ход судебного процесса (п. 3 ч. 4 ст. 47). Государственный обвинитель может противопоставить этому лишь логические контратаки либо ходатайства о получении и представлении дополнительных доказательств. Что касается досудебного производства, то комм. статья (ч. 4) даже не требует обеспечения здесь равноправия сторон — это декларируется только для судебного производства.

Наличием *независимого* от сторон суда. В состязательном процессе суд не может принимать на себя осуществление ни обвинительной, ни защитительной функции. Он приступает к делу лишь по обвинению, представленному уголовным преследователем, и не вправе выходить за рамки, очерченные в обвинении. Суд не наделен правом возбуждать уголовное дело. Это ведет к тому, что главной движущей силой состязательного процесса является спор сторон по поводу обвинения. «Нет обвинения — нет и процесса» — одно из важных правил состязательности, вытекающее из принципа независимости суда. Полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей его части (ч. 7 ст. 246). Соответственно ни одна из сторон в состязательном процессе также не может брать на себя *даже часть судейской функции*, ведь в противном случае суд не был бы отделен от сторон. Однако данное условие не вполне выдерживается в УПК, и некоторые судебные полномочия, связанные с разрешением дела по существу или применением процессуального принуждения, продолжают оставаться в руках органов уголовного преследования. Так, следователь, дознаватель и прокурор могут на досудебном производстве принимать окончательное решение по существу дела, прекращая уголовное дело или уголовное преследование, причем не только по реабилитирующим, но и по т.н. нереабилитирующим основаниям (см. о них комм. к гл. 4). Именно уголовный преследователь (дознаватель, следователь и прокурор) принимает здесь решения об отводе своих процессуальных противников — защитника и представителя гражданского ответчика (ст. 72). Прокурор, следователь и дознаватель, наряду с судом, собирают и используют доказательства, с помощью которых *устанавливают* наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 74), т.е. сразу получают *судебные* доказательства, в то время как в процессуальных системах, последовательно придерживающихся состязательного начала (Англия, США, Италия и др.), предусмотрена особая

судебная процедура проверки и признания допустимыми в качестве судебных всех доказательств, которые сторона уголовного преследования собрала и сочла возможным представить на предварительном производстве. Наконец, дознаватель, следователь и прокурор предъявляют обвинение не перед лицом суда в судебном заседании, как это должно происходить в истинно состязательном судопроизводстве, а в закрытом *инквизиционном* порядке (см. об этом также комм. к гл. 23).

2. Состязательность в уголовном суде существенно отличается от той, которая имеется в суде гражданском. Во-первых, в современном *уголовном* процессе юридическое равенство сторон не означает их полного равноправия. Дело в том, что при производстве по уголовным делам в качестве обвинителя, как правило, выступают государственные правоохранительные органы, превосходящие по своей мощи сторону защиты. Кроме того, именно они на предварительном расследовании собирают доказательства, применяют к обвиняемому некоторые меры процессуального принуждения. Поэтому не только их фактические возможности, но и права не могут быть такими же, как у стороны защиты. Чтобы обеспечить *справедливость* судебного состязания, необходимо восполнить это неравенство, уравнять возможности сторон защиты и обвинения посредством наделения защиты дополнительными, отсутствующими у обвинения правами. Их совокупность получила в теории уголовного судопроизводства название *исключительных прав защиты*. Среди преимуществ защиты следует особо выделить презумпцию невиновности, правила о толковании сомнений в пользу обвиняемого, о возложении бремени доказывания на обвинителя (ст. 14); о недопустимости поворота обвинения к худшему и особой устойчивости оправдательного приговора (ст. 252, 370, 385, 387, 405, ч. 3 ст. 414) и др.

Во-вторых, в отличие от гражданского процесса, в котором суд в основном лишь оценивает материалы, представленные сторонами, роль уголовного суда в процессе в наши дни далеко не пассивна — он вправе и даже обязан *активно участвовать в собирании и проверке доказательств* в тех случаях, когда необходимо поддержать справедливое равенство сторон (сторона в ходе допроса свидетеля оставила без внимания обстоятельства, которые явно имеют определяющее значение для решения вопроса о виновности, например, алиби) или обеспечить исполнение императивных требований уголовно-процессуального закона, касающихся процесса доказывания (например, в случаях обязательного назначения судебной экспертизы, если стороны не заявляют об этом ходатайства). Функция правосудия в уголовном процессе предполагает также право суда по своей инициативе собирать доказательства в целях *проверки* доводов и доказательств сторон[1]. Посредством такой *субсидиарной* (вспомогательной) активности суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

3. Публичный характер состязательности в уголовном процессе проявляет себя и в том, что государственные органы, ведущие уголовный процесс (следователь, дознаватель, суд), а также адвокатура обязаны *обеспечивать права* лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве. Так, публичная роль суда состоит в бережном поддержании справедливого равновесия спорящих сторон, в создании необходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления

[1] См. Определение КС РФ от 20.11.2003 г. № 451-О.

предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15). Права участников процесса не предполагаются, а разъясняются. Должностные лица государственных органов — участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения, несмотря на выполняемую ими функцию уголовного преследования, не освобождены от выполнения при расследовании преступлений и судебном разбирательстве уголовных дел конституционной обязанности по защите прав и свобод человека и гражданина, в т.ч. от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, иного ограничения прав и свобод[1].

СТАТЬЯ 16
ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПОДОЗРЕВАЕМОМУ И ОБВИНЯЕМОМУ ПРАВА НА ЗАЩИТУ

1. Подозреваемому и обвиняемому обеспечивается право на защиту, которое они могут осуществлять лично либо с помощью защитника и (или) законного представителя.

2. Суд, прокурор, следователь и дознаватель разъясняют подозреваемому и обвиняемому их права и обеспечивают им возможность защищаться всеми не запрещенными настоящим Кодексом способами и средствами.

3. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, обязательное участие защитника и (или) законного представителя подозреваемого или обвиняемого обеспечивается должностными лицами, осуществляющими производство по уголовному делу.

4. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно.

1. Право на защиту предоставляется законом подозреваемому и обвиняемому от подозрения и обвинения. Защита других прав и законных интересов этих лиц охватывается действием принципов уважения чести и достоинства личности, неприкосновенности личности, жилища, охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, тайны переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (см. комм. к ст. 9—13). Защита названных *(других)* прав в рамках уголовного процесса может осуществляться в порядке обжалования действий и решений должностных лиц, предусмотренном гл. 16 и ст. 108 УПК, а также путем возмещения вреда лицам, незаконно подвергнутым мерам процессуального принуждения (ч. 3 ст. 133). Право на защиту принадлежит не только обвиняемому и подозреваемому, которые официально признаны в этом процессуальном статусе, но и всякому лицу, которое допрашивают об обстоятельствах инкриминирующего характера, а также каждому, в отношении кого совершаются действия в порядке уголовного преследования.

2. Понятие «права на защиту» включает в себя:

1) права, которые подозреваемый и обвиняемый могут реализовать *собственными действиями* путем представления доказательств, участия в допросах других обви-

[1] См. Постановление КС РФ от 29.06.2004 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы».

няемых (подсудимых), потерпевших, свидетелей и экспертов в суде, подачи жалоб на действия и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда (см. о них комм. к ст. 47);

2) права, которые могут осуществляться ими с помощью защитника и законного представителя путем реализации прав и обязанностей этих лиц (см. о них комм. к ст. 48, 49—53);

3) наличие у дознавателя, следователя, прокурора и суда обязанностей, соответствующих правам подозреваемого, обвиняемого, законного представителя и защитника, если эти права могут быть реализованы лишь путем выполнения названными должностными лицами и органами определенных встречных действий (обеспечить участие защитника, предоставить в установленных законом случаях для ознакомления необходимые документы и материалы дела, дать возможность снятия с них копий, рассмотреть ходатайства и жалобы, заслушать показания путем проведения допроса и т.д.);

4) применение процессуальных гарантий защиты, действующих в силу закона, даже при отсутствии волеизъявления заинтересованных лиц. Это презумпция невиновности, включая возложение бремени доказывания на обвинителя и толкование сомнений в пользу обвиняемого, правила о недопустимости доказательств (ст. 75), правило о недопустимости поворота обвинения к худшему (385, 387, 405), нормы, обеспечивающие свободу обжалования в апелляционном и кассационном порядке приговора и других судебных решений (ст. 370, ч. 1 ст. 385).

3. О разъяснении подозреваемому и обвиняемому их прав см. комм. к ст. 11.

4. Как следует из содержания ч. 2 комм. статьи, подозреваемый и обвиняемый вправе защищаться всеми не запрещенными УПК способами и средствами. В этой норме реализован правовой принцип — «разрешено все, что не запрещено законом». На деле запрет может устанавливаться не только нормами самого УПК, как можно было бы понять из буквального прочтения текста комм. статьи, но и некоторыми другими законами. Например, ни обвиняемый, ни защитник, ни иные лица не вправе применять методы и средства, отнесенные Законом «Об оперативно-розыскной деятельности» к исключительной компетенции оперативно-розыскных органов. При отсутствии запрета может использоваться любой способ и средство защиты (см. комм. к ст. 86).

Об оказании подозреваемому и обвиняемому помощи защитника см. комм. к ст. 49—51.

СТАТЬЯ 17
СВОБОДА ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью.

2. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

1. Принцип свободной оценки доказательств, или оценки доказательств по внутреннему убеждению, производен от принципа независимости суда, хотя распростра-

няет свое действие и на прокурора, следователя и дознавателя. Во-первых, он предполагает запрет указанным в комм. статье лицам принимать во внимание при оценке доказательств какие-либо посторонние мнения лиц, не участвующих в процессе, а равно не основанные на доказательствах утверждения сторон и иных участников судопроизводства. Во-вторых, этот принцип направлен на обеспечение самостоятельности суда по отношению к законодателю, который не вправе принимать законы, в которых различным видам доказательств придавалась бы разная, заранее установленная сила. В части 2 комм. статьи по этому поводу сказано: «Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы». То есть названный принцип запрещает формальную (легальную) систему доказательств в уголовном процессе. Тот же самый запрет можно отнести к различного рода указаниям и разъяснениям вышестоящих прокурорских, судебных и ведомственных органов и инстанций, а также к некоторым обыкновениям судебно-следственной практики. Так, неправомерным в силу данного принципа будет, на наш взгляд, разъяснение о том, что те или иные виды заключений экспертов (например, некатегорического, или вероятностного, характера) не могут использоваться для обоснования приговора или любого иного судебного решения (см. об этом комм. к ст. 80).

2. *Внутренне убеждение* есть полная уверенность субъекта оценки доказательств относительно достоверности полученных выводов. Однако оно должно основываться не на отвлеченном мнении, а на оценке каждого из доказательств и всей их *совокупности* в целом. Указание о том, что доказательства оцениваются в совокупности, не означает, что значение имеет лишь общее впечатление, которое произвели исследованные доказательства на судью, присяжного заседателя и др. Оценить доказательства в совокупности — значит не упустить ни одного из них. В описательно-мотивировочной части приговора суд в силу данного принципа обязан дать оценку всем исследованным им доказательствам и указать, почему он принимает за основу своего решения одни из доказательств и почему отвергает другие (п. 2 ст. 307).

Нарушением свободной оценки доказательств, на наш взгляд, является использование в текстах судебных решений устойчивых и единообразных формулировок — своеобразных «штампов», «шаблонов», которые формально указывают на оценку доказательств. Например, при противоречии показаний обвиняемого и задержавшего его сотрудника милиции можно встретить стандартную формулировку в приговоре: «суд признает показания обвиняемого недостоверными, т.к. он желает избежать уголовной ответственности, а оснований недоверять показаниям сотрудника милиции не имеется».

3. Руководствоваться при оценке доказательств законом — значит учитывать нормы уголовно-процессуального права относительно *допустимости* доказательств (см. об этом комм. к ст. 75). Часть 1 комм. статьи требует также руководствоваться при оценке доказательств не только законом, но и *совестью.* В УПК РСФСР (ст. 71) говорилось о необходимости в подобных случаях руководствоваться *правосознанием,* т.е. знаниями субъекта о праве и его отношением к нему. Очевидно, данное изменение учитывает особенности оценки доказательств присяжными заседателями, которые, как правило, не сведущи в законах, а потому могут испытывать затруднения при необходимости оценивать доказательства по правосознанию. Вместе с тем, на наш взгляд, формулировка УПК РСФСР была более удачной, ибо, по сути, являлась основанием

для применения в уголовном процессе аналогии закона и аналогии права в тех ситуациях, когда необходимо было с помощью правосознания восполнить пробел в законе. Восполнение же его с помощью такой сугубо нравственной категории, как совесть, чревато отступлениями не только от закона, но и от общих правовых принципов в пользу разнообразных этических представлений.

4. Установленные комм. статьей правила оценки доказательств в своей совокупности направлены на исключение принятия произвольных, необоснованных решений[1].

СТАТЬЯ 18
ЯЗЫК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

1. Уголовное судопроизводство ведется на русском языке, а также на государственных языках входящих в Российскую Федерацию республик. В Верховном Суде Российской Федерации, военных судах производство по уголовным делам ведется на русском языке.

2. Участникам уголовного судопроизводства, не владеющим или недостаточно владеющим языком, на котором ведется производство по уголовному делу, должно быть разъяснено и обеспечено право делать заявления, давать объяснения и показания, заявлять ходатайства, приносить жалобы, знакомиться с материалами уголовного дела, выступать в суде на родном языке или другом языке, которым они владеют, а также бесплатно пользоваться помощью переводчика в порядке, установленном настоящим Кодексом.

3. Если в соответствии с настоящим Кодексом следственные и судебные документы подлежат обязательному вручению подозреваемому, обвиняемому, а также другим участникам уголовного судопроизводства, то указанные документы должны быть переведены на родной язык соответствующего участника уголовного судопроизводства или на язык, которым он владеет.

1. Согласно ч. 1 комм. статьи и п. 1 и 2 ст. 10 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» на русском языке судопроизводство и делопроизводство ведется в Верховном Суде РФ и военных судах. В других федеральных судах общей юрисдикции и в мировых судах уголовное судопроизводство может вестись на государственных языках этих республик. В органах предварительного расследования (правоохранительных органах) республик, входящих в состав России, оно ведется на государственном языке РФ (русском) или на государственном языке республики (ст. 18 Закона РФ «О языках народов Российской Федерации»).

2. Недостаточно владеющим языком, на котором ведется судопроизводство, является лицо, которое хотя и понимает этот язык, но не может на нем свободно общаться либо читать или писать. При этом необходимо учитывать уровень общения данного лица, т.к. лицо может общаться на бытовом или узкопрофессиональном уровне, но не понимать или плохо понимать значение слов, необходимых для свободного общения в области судопроизводства.

---

[1] См.: определения КС РФ от 25.01.2005 г. № 45-О; от 12.07.2005 № 323-О.

Следует, однако, иметь в виду, что ст. 26 Конституции РФ признает за каждым не знающее никаких изъятий «право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения». Поэтому данная норма УПК РФ, позволяющая пользоваться в уголовном процессе родным языком, а значит, и бесплатными услугами переводчика, только лицам, не владеющим *или недостаточно* владеющим языком, на котором ведется производство по делу, противоречит этому конституционному праву. В сущности, она означает, что возможность решать, кто и как владеет языком судопроизводства, предоставлена суду, следователю, дознавателю, прокурору, но не тому, кто лучше всех представляет уровень своих познаний в этом языке. Кроме того, в ч. 1 комм. статья противоречит п. 3 ч. 3 ст. 44, ст. 45, п. 5 ч. 2 ст. 54, ст. 55, п. 6 ч. 4 ст. 46 и п. 6 ч. 4 ст. 47, которыми гражданскому истцу, гражданскому ответчику, их представителям, подозреваемому, обвиняемому гарантируется широкое право *давать показания и объясняться на родном языке или языке, которым он владеет*. На практике органы, ведущие процесс, обычно стараются максимально толковать сомнения относительно владения языком в пользу участника процесса, что, учитывая сказанное выше, следует признать правильным.

3. Положения комм. статьи распространяются также на немых, глухих и глухонемых лиц, которым необходимо обеспечивать помощь сурдопереводчика.

4. Переводчиком может быть любое лицо, свободно владеющее языком, на котором ведется судопроизводство. При этом у него не обязательно должна иметься специальность или профессия переводчика. Орган или должностное лицо, ведущие процесс, сами владеющие другим языком, на котором может общаться участник процесса, не вправе быть переводчиками, т.к. в случае такого совмещения процессуальных функций подлежат отводу (п. 2 ч. 1 ст. 61).

5. Следственные и судебные документы, которые подлежат обязательному вручению подозреваемому, обвиняемому, а также другим участникам процесса, переводятся на их родной язык или иной язык, которым они владеют. К таким документам относятся: копии постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, обвинительного заключения с приложениями, обвинительного акта, приговора, протокола обыска, выемки, копия решения о применении меры пресечения и др.

СТАТЬЯ 19
ПРАВО НА ОБЖАЛОВАНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ

1. Действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя могут быть обжалованы в порядке, установленном настоящим Кодексом.

2. Каждый осужденный имеет право на пересмотр приговора вышестоящим судом в порядке, установленном главами 43—45, 48 и 49 настоящего Кодекса.

См. комм. к гл. 16, 43—45, 48, 49.

ГЛАВА 3. УГОЛОВНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ

СТАТЬЯ 20
ВИДЫ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. В зависимости от характера и тяжести совершенного преступления уголовное преследование, включая обвинение в суде, осуществляется в публичном, частно-публичном и частном порядке.

2. Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 115, 116, 129 частью первой и 130 Уголовного кодекса Российской Федерации, считаются уголовными делами частного обвинения, возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, его законного представителя и подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым. Примирение допускается до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора.

3. Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 131 частью первой, 132 частью первой, 136 частью первой, 137 частью первой, 138 частью первой, 139 частью первой, 145, 146 частью первой и 147 частью первой Уголовного кодекса Российской Федерации, считаются уголовными делами частно-публичного обвинения, возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего, но прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат, за исключением случаев, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса.

4. Прокурор, а также следователь или дознаватель с согласия прокурора вправе возбудить уголовное дело о любом преступлении, указанном в частях второй и третьей настоящей статьи, и при отсутствии заявления потерпевшего, если данное преступление совершено в отношении лица, находящегося в зависимом состоянии или по иным причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами.

5. Уголовные дела, за исключением уголовных дел, указанных в частях второй и третьей настоящей статьи, считаются уголовными делами публичного обвинения.

1. Уголовное преследование, как можно уяснить из содержания ч. 1 комм. статьи и п. 55 ст. 5, есть процессуальная деятельность по осуществлению функции обвинения. Оно имеет три разновидности, или формы: по делам публичного, частно-публичного и частного обвинения. Дела частного обвинения — это дела о следующих преступлениях, предусмотренных *УК*: умышленное причинение легкого вреда здоровью (ст. 115), побои (ст. 116), клевета без отягчающих обстоятельств (ч. 1 ст. 129), оскорбление (ст. 130). Это преступления небольшой тяжести, максимальное наказание за которые не превышает 2 лет лишения свободы. Дела частного обвинения возбуждаются лишь по заявлению потерпевшего (или его законного представителя), который считается в этом случае частным обвинителем, и прекращаются в связи с примирением сторон. Производство по делам частного обвинения — это производство у мирового судьи, обладающее существенными особенностями (см. комм. к гл. 41).

Дела частно-публичного обвинения — это дела о преступлениях, предусмотренных *УК*: изнасилование без отягчающих обстоятельств (ч. 1 ст. 131), простое мужеложество, лесбиянство или иные действия сексуального характера (ч. 1 ст. 132); нару-

шение равноправия граждан (ч. 1 ст. 136), нарушение неприкосновенности частной жизни (ч. 1 ст. 137), нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ч. 1 ст. 138), нарушение неприкосновенности жилища (ч. 1 ст. 139), необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до 3 лет (ст. 145), нарушение авторских и смежных прав (ч. 1 ст. 146), нарушение изобретательских и патентных прав (ч. 1 ст. 147). Максимальное наказание за эти преступления, за исключением изнасилования (ч. 1 ст. 131 *УК*), которое относится к категории тяжких преступлений, также не превышает 2 лет лишения свободы.

Дела частно-публичного обвинения возбуждаются также лишь по заявлению потерпевшего, но прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат, за исключением случаев, предусмотренных ст. 25 УПК (см. комм. к ней). После возбуждения такого дела производство по нему осуществляется в общем порядке.

2. Уголовное дело о данных преступлениях может быть возбуждено также прокурором, следователем и дознавателем с согласия прокурора в случаях, когда потерпевший в силу беспомощного состояния или по иным причинам не может сам защищать свои права и законные интересы. При этом прокурор направляет уголовное дело для производства предварительного расследования, но стороны не лишаются и в этом случае права на примирение (ч. 4 ст. 20, ч. 3, 4 ст. 318). Постановление о возбуждении дела о преступлении, производство по которому отнесено законом к делам частного обвинения, должно быть вынесено лишь в отношении конкретного лица. Дальнейшее привлечение по делу частного обвинения в качестве обвиняемых и других лиц неправомерно, поскольку производство по такому делу не может иметь место без его возбуждения в отношении конкретного лица.

3. Если в ходе предварительного расследования появляются основания для переквалификации ранее предъявленного публичного обвинения на частно-публичное или частное обвинение, то следователь, дознаватель, прокурор должны выяснить у потерпевшего, намерен ли он подавать соответствующее заявление. При его подаче производство по делу частно-публичного обвинения продолжается в общем порядке. Дела же частного обвинения прекращаются, и материалы их вместе с заявлением потерпевшего направляются в суд.

4. Под зависимым состоянием, о котором идет речь в ч. 4 комм. статьи, следует понимать личную, служебную и любую иную зависимость пострадавшего от обвиняемого, которая реально заставляет пострадавшее лицо опасаться возможности наступления для себя серьезных отрицательных последствий в случае подачи им заявления о возбуждении дела. Иные причины, по которым лицо не способно это сделать, это его беспомощное состояние ввиду недееспособности, престарелого возраста, болезни и т.д.

Буквальный смысл редакции ч. 4 комм. статьи связывает возможность возбуждения уголовного дела частного обвинения органами уголовного преследования с особенностями личности потерпевшего и не предусматривают их обязанность возбудить уголовное дело частного обвинения и принять меры, направленные на обеспечение привлечения лица, виновного в совершении такого преступления, к уголовной ответственности в иных случаях, в т.ч. когда это лицо потерпевшему неизвестно. В результате отказ прокурора, следователя или дознавателя от возбуждения уголовного дела

и от принятия предусмотренных законом мер к установлению личности виновного фактически исключает возможность получения потерпевшим судебной защиты своих прав и законных интересов. Такой смысл указанной нормы признан не соответствующим Констаитуции РФ[1].

Представляется, что неизвестность потерпевшему личности предполагаемого преступника является тем случаем, когда потерпевший «по иным причинам не способен самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами», и влечет обязанность органов уголовного преследования возбудить уголовное дело и провести по нему предварительное следствие.

СТАТЬЯ 21
ОБЯЗАННОСТЬ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Уголовное преследование от имени государства по уголовным делам публичного и частно-публичного обвинения осуществляют прокурор, а также следователь и дознаватель.

2. В каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления.

3. Прокурор в случаях, предусмотренных частью четвертой статьи 20 настоящего Кодекса, уполномочен осуществлять уголовное преследование по уголовным делам независимо от волеизъявления потерпевшего.

4. Требования, поручения и запросы прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя, предъявленные в пределах их полномочий, установленных настоящим Кодексом, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами.

1. В комм. статье получил закрепление принцип публичности (официальности), понимаемый как обязанность органов и должностных лиц органов уголовного преследования осуществлять уголовно-процессуальную деятельность *независимо от волеизъявления* участников процесса, имеющих в деле законный интерес, в т.ч. потерпевшего (за исключением дел частного и частно-публичного обвинения, предусмотренных ст. 20), с целью установления события преступления и изобличения лица (лиц), виновных в его совершении. В отличие от УПК РСФСР (ст. 3) данный принцип более не включает требование неотвратимости наказания за каждое преступление, учитывая многочисленные возможности отказа в возбуждении уголовных дел и прекращения уголовного преследования (см. об этом комм. к гл. 4).

2. Субъектами официальных действий по установлению события преступления, изобличению лиц, виновных в совершении преступления, в комм. статье названы лишь прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель. Постановлением Конституци-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 27.06.2005 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности положений частей второй и четвертой статьи 20, части шестой статьи 144, пункта 3 части первой статьи 145, части третьей статьи 318, частей первой и второй статьи 319 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Законодательного собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска» // РГ. 08.07.2005.

онного Суда РФ от 14.01.2000 № 1-П по делу о проверке конституционности отдельных положений УПК РСФСР, регулирующих полномочия суда по возбуждению уголовного дела, в связи с жалобой гражданки И.П. Смирновой и запросом Верховного Суда РФ ст. 3 УПК РСФСР была признана не соответствующей ст. 10, 46, 49, 120 и 123 (ч. 3) Конституции РФ в той части, в какой она предусматривает или допускает полномочия суда возбуждать уголовные дела. Конституционный Суд указал, что, «возлагая на суд в уголовном процессе исключительно задачу осуществления правосудия, Конституция РФ не относит к его компетенции уголовное преследование, посредством которого реализуются закрепленные, в частности, за исполнительной властью конституционные полномочия по охране общественного порядка и борьбе с преступностью… Вместе с тем суд вправе осуществлять по делам публичного обвинения судебный контроль за законностью и обоснованностью возбуждения уголовного дела, отказа в его возбуждении или прекращения дела, который реализуется лишь путем рассмотрения в судебном заседании материалов, представленных ему органами государственного обвинения, в т.ч. по жалобам заинтересованных лиц, чьи конституционные права этими актами были нарушены». Исходя из этого в УПК РФ полномочия суда по возбуждению уголовных дел исключены. В случаях, когда суд в процессе рассмотрения уголовного дела приходит к выводу о наличии фактических данных, свидетельствующих о признаках преступления, он должен, воздерживаясь от утверждений о достаточности оснований подозревать конкретное лицо в совершении этого преступления и от формулирования обвинения, направлять соответствующие материалы для проверки поводов и оснований к возбуждению уголовного дела в органы, осуществляющие уголовное преследование, которые обязаны в этих случаях немедленно реагировать на факты и обстоятельства, установленные судом, и принимать необходимые меры. Так же должен поступить суд и в случае поступления к нему заявления о привлечении лица к уголовной ответственности за совершение преступления, производство по которому ведется в форме публичного или частно-публичного обвинения.

3. В ст. 3 УПК РСФСР устанавливалась обязанность правоохранительных органов в пределах их компетенции не только принимать все меры к установлению события преступления и лиц, виновных в совершении преступления, но и *возбуждать уголовное дело в каждом случае* обнаружения признаков преступления. В комм. статье нового Кодекса ничего не говорится о такой их обязанности. Поскольку прокурор в соответствии с ч. 5 ст. 37 УПК РФ вправе отказаться от осуществления уголовного преследования, актом которого является и возбуждение уголовного дела, он может даже при обнаружении признаков преступления отказать в возбуждении дела по основаниям, предусмотренным не только в ч. 1 ст. 24, но и в ст. 27 и 28 УПК.

4. Обязанность следователя, органа дознания и дознавателя принимать меры к установлению события преступления и изобличения лица (лиц), виновных в его совершении, в каждом случае обнаружения признаков преступления не следует понимать в том буквальном смысле, что при всяком получении сведений о преступлении они должны сами возбудить уголовное дело и провести расследование. Специальные нормы Кодекса ограничивают объем этих полномочий в зависимости от наличия или отсутствия признаков подследственности, указанных в ст. 151 и ч. 2 ст. 157. Согласно ч. 1 ст. 145 по результатам рассмотрения сообщения о преступлении орган дознания, дознаватель, следователь или прокурор могут принять решение не только

о возбуждении или отказе в возбуждении уголовного дела, но и о передаче сообщения без возбуждения дела по подследственности в соответствии со ст. 151, а по уголовным делам частного обвинения — в суд в соответствии с ч. 2 ст. 20.

Что касается деятельности органа дознания по производству неотложных следственных действий по делам о преступлениях, по которым производство предварительного следствия обязательно (ст. 157), то даже в том случае, если они сами принимают решение о возбуждении с согласия прокурора уголовного дела, неотложные следственные действия производят лишь в том случае, если это удовлетворяет правилам подследственности в соответствие со ст. 151 и ч. 2 ст. 157.

5. По буквальному смыслу ч. 3 комм. статьи уголовное преследование по делам частного и частно-публичного обвинения вправе осуществлять независимо от воли потерпевшего лишь прокурор. Однако согласно ч. 4 ст. 20 таким полномочием обладают также следователь и дознаватель с согласия прокурора.

6. В части 4 комм. статьи содержится важное указание о том, что прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель вправе направлять требования, поручения и запросы всем учреждениям, предприятиям, организациям, должностным лицам и гражданам. Эта норма восполняет недостаток ст. 86, где о таком праве указанных лиц не упоминается (см комм. к ст. 86).

СТАТЬЯ 22
ПРАВО ПОТЕРПЕВШЕГО НА УЧАСТИЕ В УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ

Потерпевший, его законный представитель и (или) представитель вправе участвовать в уголовном преследовании обвиняемого, а по уголовным делам частного обвинения — выдвигать и поддерживать обвинение в порядке, установленном настоящим Кодексом.

1. Потерпевший как участник процесса выполняет функцию обвинения (уголовного преследования). Однако формы выполнения им этой функции и объем полномочий различаются в зависимости от того, по каким делам потерпевший участвует в судопроизводстве. По делам публичного и частно-публичного обвинения он осуществляет т.н. добавочное обвинение, т.е. выполняет на основании решения следователя, дознавателя, суда о признании его потерпевшим лишь вспомогательную роль по отношению к государственным органам уголовного преследования. Потерпевший пользуется при этом правомочиями, предусмотренными ст. 42. По делам частного обвинения потерпевший может выступать как основной, частный, обвинитель, имея более широкие полномочия, которые включают как те, которые указаны в ст. 42, так и предусмотренные ч. 4—6 ст. 246. В качестве частного обвинителя он, руководствуясь лишь собственным усмотрением, вправе инициировать возбуждение уголовного дела путем подачи заявления и поддерживать обвинение в мировом суде в порядке, установленном гл. 41 (см. комм. к этой главе).

2. В комм. статье говорится о том, что потерпевший участвует лишь в уголовном преследовании *обвиняемого*, однако понятие «обвиняемый» используется здесь в широком смысле, охватывая и понятие «подозреваемый». Более того, потерпевший может принимать участие в уголовном преследовании еще до появления конкретного

подозреваемого при признании его потерпевшим еще до установления лица, подозреваемого в совершении преступления (ст. 42), или в случае подачи им заявления о совершении преступления по делам частно-публичного обвинения (ст. 147).

3. О представителе потерпевшего см. комм. к ст. 45.

СТАТЬЯ 23
ПРИВЛЕЧЕНИЕ К УГОЛОВНОМУ ПРЕСЛЕДОВАНИЮ ПО ЗАЯВЛЕНИЮ КОММЕРЧЕСКОЙ ИЛИ ИНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ

Если деяние, предусмотренное главой 23 Уголовного кодекса Российской Федерации, причинило вред интересам исключительно коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием, и не причинило вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства, то уголовное дело возбуждается по заявлению руководителя данной организации или с его согласия.

1. Фактически речь идет лишь о двух видах преступлений из числа предусмотренных гл. 23 *УК* (Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях) и удовлетворяющих условиям, названным в комм. статье УПК РФ. Это злоупотребление полномочиями, за исключением случаев использования лицом, выполняющим управленческие функции в организации, своих полномочий во вред другим лицам (ст. 201) и коммерческий подкуп (ст. 204). Остальные виды преступлений, указанные в гл. 23 *УК*, кроме интересов самой пострадавшей организации, причиняют вред также интересам других организаций или интересам граждан, общества или государства.

2. Потерпевшим для целей комм. статьи может быть лишь коммерческая или иная организация, не являющаяся государственным или муниципальным предприятием, имуществу или деловой репутации которой причинен вред данными деяниями. Коммерческими организациями, упомянутыми в статье, являются хозяйственные товарищества и общества (полное товарищество, товарищество на вере, общество с ограниченной ответственностью, общество с дополнительной ответственностью, акционерное общество, дочернее и зависимое общество), производственные кооперативы. Иными (некоммерческими) организациями, не являющимися государственными или муниципальными предприятиями, могут быть потребительские кооперативы, общественные и религиозные организации, фонды, учреждения, ассоциации и союзы юридических лиц (гл. 4 *ГК*). Не подпадают под действие рассматриваемой нормы государственные и муниципальные унитарные предприятия (унитарные предприятия на праве хозяйственного ведения и федеральные казенные предприятия).

3. При определении полномочного руководителя организации необходимо учитывать ее организационно-правовую форму и относящиеся к ней требования гражданского законодательства, а также содержание учредительных документов. Так, руководителем общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества признается исполнительный орган — коллегиальный (правление, дирекция) и (или) единоличный (директор, генеральный директор). В акционерных обществах может создаваться также совет директоров, к исключительной компетенции которого уставом общества может быть отнесен и данный вопрос. Полномочия исполнительного органа акционерного общества могут передаваться по договору другой коммерческой

организации или индивидуальному предпринимателю (ст. 91, 113 *ГК*). При определении полномочий руководителей представительств и филиалов юридических лиц необходимо руководствоваться содержанием доверенности, на основании которой они действуют (ч. 3 ст. 55 *ГК*).

4. Если соблюдаются условия, названные в комм. статье, уголовное дело не может быть возбуждено без заявления руководителя организации или с его согласия, что сближает производство по этим делам с делами частно-публичного обвинения (ч. 3 ст. 20 УПК). Впрочем, это не означает, что в дальнейшем невозможно прекращение уголовных дел данной категории в связи с примирением сторон, однако такое решение может быть принято не на основании ч. 2 ст. 20, а лишь путем применения ст. 25 УПК, т.к. максимальное наказание за соответствующие преступления не превышает 5 лет лишения свободы (см. комм. к ст. 25).

5. На практике выявление всех обстоятельств, указанных в комм. статье, а также в соответствующих статьях гл. 23 *УК*, часто невозможно до окончания ряда следственных действий (допросов, получения заключений экспертов и т.д.), что, в свою очередь, сопряжено с необходимостью возбуждения уголовного дела в публичном порядке. Представляется, что в подобных случаях орган дознания, следователь, прокурор должны возбудить уголовное дело на общих основаниях и, только собрав достаточные доказательства относительно существования обстоятельств, названных в комм. статье, сообщить о них руководителю организации, разъяснив ему право на дачу *согласия* на возбуждение уголовного дела, которое в таком случае дается задним числом. Если руководитель организации отказывается дать такое согласие, а преступление не причинило вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства, дело подлежит прекращению на основании п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК.

6. Вести предварительное расследование по делам данной категории могут только следователи ОВД или прокурор. Орган дознания вправе осуществлять здесь лишь неотложные следственные действия.

ГЛАВА 4. ОСНОВАНИЯ ОТКАЗА В ВОЗБУЖДЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА, ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

СТАТЬЯ 24 ОСНОВАНИЯ ОТКАЗА В ВОЗБУЖДЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ИЛИ ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное уголовное дело подлежит прекращению по следующим основаниям:

1) отсутствие события преступления;

2) отсутствие в деянии состава преступления;

3) истечение сроков давности уголовного преследования;

4) смерть подозреваемого или обвиняемого, за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего;

5) отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению, за исключением случаев, предусмотренных частью четвертой статьи 20 настоящего Кодекса;

6) отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в пунктах 1, 3—5, 9 и 10 части первой статьи 448 настоящего Кодекса, либо отсутствие согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда Российской Федерации, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в пунктах 1 и 3—5 части первой статьи 448 настоящего Кодекса.

2. Уголовное дело подлежит прекращению по основанию, предусмотренному пунктом 2 части первой настоящей статьи, в случае, когда до вступления приговора в законную силу преступность и наказуемость этого деяния были устранены новым уголовным законом.

3. Прекращение уголовного дела влечет за собой одновременно прекращение уголовного преследования.

4. Уголовное дело подлежит прекращению в случае прекращения уголовного преследования в отношении всех подозреваемых или обвиняемых, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса.

1. Суд, прокурор, а также следователь и дознаватель при наличии указанных в комм. статье оснований вправе и обязаны отказать в возбуждении уголовного дела либо прекратить уголовное дело, если оно уже возбуждено. Одновременно с прекращением уголовного дела обязательно прекращается и уголовное преследование подозреваемого или обвиняемого. Прекращение уголовного дела влечет обязательное прекращение уголовного преследования не только по основаниям комм. статьи, но также и в случаях, предусмотренных ст. 25, 28, 431, ч. 1 ст. 439, ч. 2, 3 ст. 443. Прекращение дела (и уголовного преследования) либо отказ в возбуждении дела в отношении лиц, обладающих дипломатической неприкосновенностью, производится на основании ст. 3 УПК. (О прекращении уголовного дела без прекращения уголовного преследования см. комм. к ст. 27.)

2. Отсутствие события преступления как основание для принятия указанных решений имеет место тогда, когда установлено отсутствие либо не установлено совершение самого *деяния, в связи с которым поступило сообщение о преступлении.* Следует иметь в виду, что иногда событие как таковое может иметь место, но если оно не является человеческим деянием (действием или бездействием), а представляет собой проявление исключительно стихийных природных сил (молнии, снежной лавины, диких животных и т.д.), отказ в возбуждении дела или прекращение дела производится также по данному основанию.

Оно применяется только тогда, когда не существовало *никакого деяния*, послужившего причиной сообщения о совершении преступления (было сделано заведомо ложное сообщение о преступлении; заявителю показалось, что у него пропали деньги, и т.п.). Если же обнаружится, например, что причиной для подачи заявления лица о краже или угоне принадлежащего ему автомобиля послужили действия члена его семьи, переставившего автомобиль в другое место без ведома владельца, то в этом случае нельзя сделать вывода, что события, содержащего некоторые признаки кражи или угона (в данной ситуации — исчезновения автомобиля), не существовало. Основанием для отказа в возбуждении или прекращения уголовного дела в этом случае будет другое — отсутствие состава преступления в действиях члена семьи.

Неустановление (недоказанность) события преступления по общему правилу является основанием лишь для решения о прекращении дела, но не об отказе в его возбуждении, т.к. для того чтобы сделать вывод о неустановлении события, прежде надо использовать весь арсенал следственных действий, предусмотренных уголовно-процессуальным законом и необходимых для доказывания этого события, что обычно возможно только после возбуждения уголовного дела.

3. Отсутствие состава преступления для целей комм. статьи имеет место, если:

— в реально содеянном отсутствуют все или некоторые признаки какого-либо конкретного состава преступления, предусмотренного статьями Общей и Особенной частей *УК*;

— деяние имело правомерный характер ввиду наличия обстоятельств, исключающих преступность деяния (необходимая оборона, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайняя необходимость и другие действия, указанные в гл. 8 *УК*);

— деяние не является преступлением в силу малозначительности (ч. 2 ст. 14 *УК*);

— после совершения деяния был принят закон, устраняющий его преступность и наказуемость (см. ч. 2 комм. статьи). Однако если обвиняемый настаивает на своей невиновности и требует рассмотреть дело по существу, то суд обязан проверить в таких случаях наличие достаточных для прекращения дела оснований и условий и обеспечить сторонам возможность высказать свою позицию по данному вопросу[1].

— при производстве по делу частного обвинения потерпевший не явился в судебное заседание без уважительных причин (ч. 3 ст. 249 УПК).

В ч. 1 ст. 148 УПК говорится о том, что отказ в возбуждении уголовного дела по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК, допускается лишь в отношении конкретного лица. Представляется, что это правило распространяется и на прекращение уголовного дела по данному основанию.

4. Порядок исчисления *сроков давности* (по УПК — «давности уголовного преследования») установлен ст. 78, 94 *УК*. Течение сроков давности приостанавливается лишь в случае, если подозреваемый или обвиняемый уклоняется от следствия и суда, и возобновляется с момента их задержания либо явки с повинной. Совершение нового преступления не прерывает течение срока давности, т.к. сроки давности по каждому преступлению исчисляются самостоятельно. Прекращение уголовного дела по данному основанию в отношении лиц, обвиняемых в совершении преступлений, за которые установлено наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы, является исключительной прерогативой суда (ч. 4 ст. 78 *УК*). Прекращение уголовного дела или отказ в его возбуждении за истечением срока давности не допускается, если обвиняемый или подозреваемый против этого возражают (ч. 2 ст. 27 УПК).

Приказ Генпрокуратуры РФ от 05.05.2004 г. № 12 устанавливает порядок прекращения по истечении сроков давности уголовных дел, приостановленных за неустановлением лиц, совершивших преступления.

5. Смерть *обвиняемого* или *подозреваемого* по прямому смыслу п. 4 ч. 1 комм. статьи, как правило, является основанием лишь для прекращения дела, а не отказа в его возбуждении, т.к. согласно ст. 46, 47 эти участники появляются в процессе после его возбуждения. Исключение составляет случай задержания лица в качестве подо-

[1] См. Определение КС РФ от 05.11.2004 г. № 361-О.

зреваемого в порядке ст. 91, 92, если оно скончалось еще до возбуждения уголовного дела. Как представляется, смысл оговорки, ограничивающей круг лиц, в отношении которых принимается решение по данному основанию, лишь подозреваемыми или обвиняемыми, состоит в том, чтобы дать время следователю, дознавателю и прокурору разобраться в вопросе о необходимости реабилитации умершего. Основания для реабилитации (отсутствие события, состава преступления, непричастность лица к совершению преступления — ч. 2 ст. 212 УПК) не всегда очевидны и могут потребовать доказывания с применением следственных действий, что по общему правилу возможно только после возбуждения дела. При наличии данных о существовании реабилитирующих лицо обстоятельств производство по делу продолжается в общем порядке и может завершиться прекращением дела по основаниям п. 1, 2 ст. 24, п. 1 ст. 27, в т.ч. и тогда, когда виновность лица, несмотря на все принятые меры, осталась недоказанной.

О смерти подозреваемого или обвиняемого, содержащегося под стражей, незамедлительно информируется прокурор, а также лицо или орган, в чьем производстве находится уголовное дело[1].

При прекращении дела в отношении умершего обвиняемого или подозреваемого остается неясным вопрос о судьбе имущества, которое при совершении корыстного преступления могло быть им похищено. В таких случаях заинтересованные лица вправе предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства об истребовании имущества из чужого незаконного владения и о возврате неосновательного обогащения.

Если после вступления в силу обвинительного приговора выявляется, что единственный обвиняемый по данному делу умер в период судебного разбирательства или после провозглашения приговора, но до его вступления в силу, постановленный по делу приговор, а также решения суда апелляционной и (или) кассационной инстанций (если дело ими рассматривалось) подлежат отмене в надзорном порядке с прекращением дела[2].

6. Отсутствие заявления потерпевшего служит основанием для отказа в возбуждении или прекращения дела не только по делам частного и частно-публичного обвинения, но и в случаях, предусмотренных ст. 23 УПК (привлечение к уголовному преследованию по заявлению коммерческой или иной организации). В ч. 2 ст. 20 предусмотрено также такое основание прекращения дела, как примирение потерпевшего (его законного представителя) с обвиняемым по делам частного обвинения.

7. Основанием для отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращения является также служебный иммунитет лиц, указанных п. 1—5, 9, 10 ч. 1 ст. 448, реализующийся в данном случае либо в виде отсутствия *заключения суда* о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448 (члены Совета Федерации и депутаты Государственной Думы, Генеральный прокурор РФ, судьи Конституционного Суда РФ, судьи Верховного Суда РФ, судьи Высшего Арбитражного Суда РФ, верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, федерального арбитражного суда, окружного (флотского) военного суда, иные

---

[1] См. приказ Министерства юстиции РФ от 23.06.2005 г. № 93 «Об утверждении Инструкции о порядке погребения лиц, умерших в период отбывания уголовного наказания и содержания под стражей в учреждениях ФСИН России».

[2] См. постановление Президиума ВС РФ от 31.03.2004 г. № 149п2004пр.

судьи; депутаты законодательных органов власти субъектов РФ, следователи, адвокаты), либо *отсутствия согласия* соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда РФ, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в п. 1 и 3—5 ч. 1 ст. 448 УПК. (Об условиях предоставления такого иммунитета см. комм. к ст. 448.)

При этом следует обратить особое внимание на то, что в п. 6 ч. 1 комм. статьи по-прежнему упоминаются лишь в п. 1, 3—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448 — без указания на п. 2 этой же статьи, в которой речь идет о возбуждении уголовного дела либо о привлечении в качестве обвиняемого Генерального прокурора РФ. Однако согласно п. 2 ч. 1 ст. 448 (в ред. ФЗ от 04.07.2003 г. № 92-ФЗ) и в отношении Генерального прокурора РФ для решения о возбуждении уголовного дела либо о привлечении его в качестве обвиняемого также требуется получение заключения коллегии, состоящей из трех судей Верховного Суда РФ. Таким образом, и в данном случае отсутствие подобного заключения является основанием для отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращения.

8. Полномочия по отказу в возбуждении уголовного дела по данным основаниям имеют прокурор, следователь, дознаватель и орган дознания, действующий в порядке ст. 157 УПК.

9. О процедуре отказа в возбуждении дела см. комм. к ст. 148.

СТАТЬЯ 25
ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В СВЯЗИ С ПРИМИРЕНИЕМ СТОРОН

Суд, прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора вправе на основании заявления потерпевшего или его законного представителя прекратить уголовное дело в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой или средней тяжести, в случаях, предусмотренных статьей 76 Уголовного кодекса Российской Федерации, если это лицо примирилось с потерпевшим и загладило причиненный ему вред.

1. В соответствии с комм. статьей прекращение уголовного дела допускается при соблюдении следующих условий:

— решение принимается лишь в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении впервые преступления небольшой или средней тяжести;

— имеется заявление потерпевших или их законных представителей о согласии на прекращение дела по данному основанию;

— имеется согласие прокурора на прекращение дела (в случае прекращения дела следователем или дознавателем);

— доказан факт примирения подозреваемого (обвиняемого) с потерпевшим, причем согласия только подозреваемого и обвиняемого или только потерпевшего на примирение недостаточно — необходимо волеизъявление обеих сторон;

— доказан факт заглаживания подозреваемым или обвиняемым причиненного потерпевшему вреда. Заглаживание вреда, причиненного преступлением, означает, что лицо устранило уже наступившие вредные последствия (например, возместило

потерпевшему причиненные убытки, компенсировало моральный вред, передало потерпевшему определенные вещи и ценности взамен утраченных, обеспечило ремонт автомобиля, пострадавшего в результате преступления, принесло извинения в форме, устраивающей потерпевшего) либо предотвратило вредные последствия или увеличение их размера, которые могут наступить в будущем (например, оказало необходимую первую или медицинскую помощь пострадавшему от преступления, доставило его к врачу). Представляется, что суд, следователь, дознаватель и прокурор в спорных случаях не вправе сами принимать решение о форме и сумме компенсации вреда. Если соглашение между потерпевшим и обвиняемым (подозреваемым) не достигнуто, примирение не может считаться состоявшимся. Важно, чтобы заглаживание вреда было добровольным и правомерным.

Отсутствие любого из этих условий означает невозможность принятия решения о прекращении уголовного дела, и производство должно быть продолжено в общем порядке. Отказ в возбуждении дела по данному основанию не допускается.

2. Лицами, *впервые совершившими преступления* (ст. 76 *УК*), должны признаваться лишь те, кто совершил *одно преступление* впервые, т.е. не совершал других преступлений либо ранее совершал, но судимость за предыдущие преступления с них снята или погашена. Лица, которые совершили *несколько преступлений* (реальная совокупность), за которые осуждаются впервые, не подпадают под действие ст. 76 *УК* и ст. 25 УПК. Однако в том случае, если ранее имело место прекращение уголовного дела в отношении данного лица по т.н. *нереабилитирующим основаниям*, оно должно быть признано совершившим преступление *впервые*, поскольку так же, как и в случае погашения или снятия судимости за ранее совершенное преступление, считается несудимым[1].

3. Если по делу о преступлении отсутствует такой участник уголовного процесса, как потерпевший, прекращение по данному основанию недопустимо. Также, как правило, невозможно прекращение дела и тогда, когда совершено т.н. *двухобъектное* преступление, основной объект которого — определенные государственные или общественные отношения и интересы, обусловливающие принадлежность преступления к тому или иному *виду* преступных деяний, и лишь дополнительный объект — различные охраняемые уголовным законом интересы *потерпевшего*, в частности безопасность жизни и здоровья. При этом невозможно достичь примирения с субъектами публичных отношений, являющимися основным объектом охраны, например с государством в лице тех или иных его органов. Не может быть таким субъектом примирения и прокурор (государственный обвинитель), хотя он и представляет публичные интересы государства. В уголовном судопроизводстве потерпевший и прокурор являются различными участниками процесса, имеющими разный правовой статус, и прокурор не вправе принимать на себя роль потерпевшего[2].

4. По смыслу комм. статьи для прекращения дела в связи с примирением сторон необходимо согласие всех потерпевших, а не некоторых из них, ибо, как следует из названия комм. статьи, речь идет о примирении именно *сторон.*

---

[1] См.: *Павленок В.А.* О некоторых проблемных вопросах прекращения уголовных дел в связи с примирением с потерпевшим и деятельным раскаянием // Право в Вооруженных Силах. 2005. № 10.

[2] См. там же.

5. Прекращение дела по данному основанию является правом, а не обязанностью суда, прокурора, следователя и дознавателя. Поэтому позиция государственного обвинителя и потерпевшего, согласных с прекращением дела ввиду примирения сторон в судебном заседании, еще не обязывает суд принять такое решение[1].

СТАТЬЯ 26
ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В СВЯЗИ С ИЗМЕНЕНИЕМ ОБСТАНОВКИ

(*Утратила силу на основании ФЗ от 08.12.2003 № 161-ФЗ*).

СТАТЬЯ 27
ОСНОВАНИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Уголовное преследование в отношении подозреваемого или обвиняемого прекращается по следующим основаниям:

1) непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления;

2) прекращение уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктами 1—6 части первой статьи 24 настоящего Кодекса;

3) вследствие акта об амнистии;

4) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению;

5) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела;

6) отказ Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента Российской Федерации, прекратившего исполнение своих полномочий, и (или) отказ Совета Федерации в лишении неприкосновенности данного лица.

2. Прекращение уголовного преследования по основаниям, указанным в пунктах 3 и 6 части первой статьи 24, статьях 25 и 28 настоящего Кодекса, а также пунктах 3 и 6 части первой настоящей статьи, не допускается, если подозреваемый или обвиняемый против этого возражает. В таком случае производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке.

3. Уголовное преследование в отношении лица, не достигшего к моменту совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, возраста, с которого наступает уголовная ответственность, подлежит прекращению по основанию, указанному в пункте 2 части первой статьи 24 настоящего Кодекса. По этому же основанию подлежит прекращению уголовное преследование и в отношении несовершеннолетнего, который хотя и достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия)

---

[1] См.: *Павленок В.А.* Указ. соч.

и руководить ими в момент совершения деяния, предусмотренного уголовным законом.

4. В случаях, предусмотренных настоящей статьей, допускается прекращение уголовного преследования в отношении подозреваемого, обвиняемого без прекращения уголовного дела.

1. В УПК РФ применена новая и довольно сложная юридическая конструкция, в рамках которой сделана попытка разделить основания для прекращения уголовного дела (отказа в возбуждении уголовного дела) и основания для прекращения уголовного преследования. По общему смыслу гл. 4, 29 и ряда других норм Кодекса прекращение уголовного преследования *без прекращения уголовного дела в целом* может иметь место в двух ситуациях:

1) обстоятельства, влекущие прекращение процессуального производства, относятся не ко всем, а только к одному или нескольким подозреваемым (обвиняемым), а в отношении других лиц, в т.ч. еще не установленных, *уголовное дело* и *уголовное преследование* могут и должны быть продолжены. Это может иметь место в случаях: а) выяснения непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27); б) издания акта об амнистии, под действие которого подпадают не все, а только некоторые из подозреваемых или обвиняемых (п. 3 ч. 1 ст. 27); в) при наличии оснований, указанных в ст. 24 (п. 2 ч. 1 ст. 27). В случае применения ст. 24 эти основания служили бы только для прекращения уголовного дела, но в качестве оснований для прекращения уголовного преследования они действуют в отношении не всех, но лишь отдельных подозреваемых или обвиняемых, и потому влекут прекращение не всего дела в целом, а только уголовного преследования отдельных лиц. Так, например, отсутствие в действиях лица, привлекаемого в числе нескольких соучастников, состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24) влечет прекращение в отношении него уголовного преследования, но в отношении остальных производство по делу продолжается. То же самое можно сказать в отношении: а) истечения сроков давности (п. 3 ч.1 ст. 24), например, когда один из соучастников — несовершеннолетний, и срок давности в отношении него, согласно ст. 94 *УК*, сокращается наполовину; б) отсутствия согласия суда на возбуждение дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, обладающих служебным иммунитетом (п. 6 ч. 1 ст. 24), и т.д.;

2) уголовное преследование прекращается в части предъявленного обвинения — по отдельным эпизодам (преступлениям), если они не нашли подтверждения (ч. 2 ст. 175 УПК). Производство по делу в оставшейся части обвинения продолжается.

2. В случаях, предусмотренных комм. статьей, прекращение уголовного преследования возможно лишь в отношении *подозреваемых* или *обвиняемых*, т.е., как правило, лишь после возбуждения уголовного дела (исключение составляет случай, когда лицо фактически задержано в качестве подозреваемого еще до возбуждения уголовного дела в порядке ст. 91, 92).

3. Субъектами права прекращения уголовного преследования являются лишь государственные органы и должностные лица, ведущие процесс и одновременно осуществляющие уголовное преследование — прокурор, следователь и дознаватель. Прокурор, следователь и дознаватель могут прекратить уголовное преследование как без прекращения уголовного дела (ч. 4 ст. 27), так и с его одновременным прекращением (ч. 1 ст. 212).

Не является субъектом прекращения *уголовного преследования* суд, ибо он в принципе не вправе осуществлять уголовное преследование, поэтому в случаях, предусмотренных п. 3—6 ч. 1 ст. 24 и п. 3—6 ч. 1 ст. 27, а также ст. 28, суд прекращает не уголовное преследование, а уголовное дело (ст. 239, 254).

Орган дознания вправе возбуждать уголовное дело, по которому производство предварительного следствия обязательно (ч. 1 ст. 157), а значит, и отказывать в его возбуждении, однако не наделен правом прекращать такое уголовное дело или уголовное преследование.

4. О понятии непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления см. п. 14 комм. к ст. 5.

5. Прекращение уголовного преследования вследствие принятия акта об амнистии возможно лишь в том случае, если он освобождает данное лицо от уголовной ответственности. Если же условия применения амнистии предполагают в отношении данного лица только освобождение от применения наказания, его сокращение или замену более мягким видом, субъектом применения амнистии является только суд, который не прекращает уголовное дело, а выносит обвинительный приговор с назначением наказания и освобождением от его отбывания (п. 1 ч. 6 ст. 302).

6. Вступивший в законную силу приговор в отношении подозреваемого или обвиняемого по тому же обвинению, определение суда или постановление судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению (п. 4 ч. 1 ст. 27) являются *преюдициальными актами,* которые исключают возможность проведения каких-либо процессуальных действий в отношении подозреваемого или обвиняемого, поскольку повторное привлечение к уголовной ответственности за одно и то же преступление, исходя из смысла ч. 1 ст. 50 Конституции РФ, не допускается (принцип *non bis in idem*). Следует, однако, учитывать, что согласно ст. 90 УПК («Преюдиция»), обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются без дополнительной проверки, только если эти обстоятельства не вызывают сомнений у *суда*. Таким образом, право на сомнения в истинности ранее постановленного приговора имеется лишь у суда, но не у прокурора, следователя и дознавателя, для которых вступивший в законную силу приговор по другому делу во всяком случае обязателен и влечет прекращение уголовного преследования (см. комм. к п. 1 ст. 90). Наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления *органа дознания, следователя или прокурора* о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела также является обязательным основанием (преклюзивным актом) к прекращению уголовного преследования лишь для прокурора, следователя и дознавателя, но не для суда (см. комм. к ст. 254).

7. Об основаниях прекращения уголовного преследования, предусмотренных п. 6 ч. 1 ст. 27, см. комм. к гл. 52.

8. Согласно п. 4 в случаях, предусмотренных комм. статьей, лишь *допускается* прекращение уголовного преследования в отношении подозреваемого, обвиняемого *без прекращения уголовного дела.* Это значит, что суд, прокурор, следователь и дознаватель вправе, прекратив уголовное преследование по названным в комм. статье основаниям, прекратить и уголовное дело в целом, если придут к *обоснованному* заключению, что не представляется возможным установить или изобличить других лиц,

причастных к совершению преступления, либо надеяться на отпадение в будущем условий, препятствующих продолжению уголовного преследования в отношении данного лица. Вместе с тем прокурор по уголовному делу, поступившему к нему с обвинительным заключением, вправе принять решение о прекращении *уголовного дела* либо уголовного преследования в отношении отдельных обвиняемых полностью или *частично* (п. 2 ч. 1 ст. 221).

9. В случае прекращения уголовного преследования в отношении *всех* подозреваемых или обвиняемых по данному уголовному делу последнее также целиком прекращается, за исключением случаев прекращения уголовного преследования ввиду непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (ч. 4 ст. 24, п. 1 ч. 1 ст. 27). Данное исключение объясняется тем, что установление непричастности лица к совершенному преступлению, как правило, не отменяет необходимости выявления истинного виновника преступления.

10. О процедуре прекращения уголовного преследования см. комм. к ст. 148, 175, 212—214.

СТАТЬЯ 28
ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ В СВЯЗИ С ДЕЯТЕЛЬНЫМ РАСКАЯНИЕМ

1. Суд, прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора вправе прекратить уголовное преследование в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой или средней тяжести, в случаях, предусмотренных частью первой статьи 75 Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

2. Прекращение уголовного преследования лица по уголовному делу о преступлении иной категории при деятельном раскаянии лица в совершенном преступлении осуществляется судом, прокурором, а также следователем и дознавателем с согласия прокурора только в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

3. До прекращения уголовного преследования лицу должны быть разъяснены основания его прекращения в соответствии с частями первой и второй настоящей статьи и право возражать против прекращения уголовного преследования.

4. Прекращение уголовного преследования по основаниям, указанным в части первой настоящей статьи, не допускается, если лицо, в отношении которого прекращается уголовное преследование, против этого возражает. В данном случае производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке.

1. Прекращение уголовного преследования в связи с деятельным раскаянием по ч. 1 комм. статьи возможно лишь по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести. Кроме того, согласно ч. 1 ст. 75 *УК* преступление должно быть совершено впервые[1] (о толковании понятия «впервые» см. п. 2 комм. к ст. 25).

[1] См.: *Наумов А.В.* Практика применения Уголовного кодекса Российской Федерации. Комментарий судебной практики и доктринальное толкование (постатейный) / Под ред. Г.М. Резника. М. : Волтерс Клувер, 2005.

2. Основаниями прекращения уголовного преследования, позволяющими сделать вывод о деятельном раскаянии, является одновременное наличие следующих обстоятельств: а) лицо добровольно явилось с повинной; б) способствовало раскрытию преступления; в) возместило причиненный ущерб или иным образом загладило вред, причиненный в результате преступления (ч. 1 ст. 75 *УК*). Если толковать норму ч. 1 ст. 75 *УК* буквально, то можно прийти к заключению, что только совокупность названных действий означает деятельное раскаяние. Действительно, деятельного раскаяния не будет, например, когда лицо явилось с повинной, но категорически отказывается назвать своих соучастников, дать против них показания на очной ставке (опасаясь мести, не желая выглядеть в глазах соучастников предателем и т.д.) или возместить убытки, причиненные преступлением. Но если какое-либо из названных в ст. 75 *УК* действий лицо не совершило по уважительным и объективным причинам, а другие выполнило, то прекращение уголовного преследования в отношении него в связи с деятельным раскаянием, на наш взгляд, иногда все же возможно. Например, если обвиняемый оказал серьезную и активную помощь в раскрытии преступления, полностью возместил причиненный вред, собирался, но в свое время не сумел явиться с повинной, т.к. был случайно обнаружен и задержан работками милиции, было бы несправедливо отказывать ему в прекращении уголовного преследования по данному основанию. То же самое можно сказать и о случаях, когда у обвиняемого отсутствуют средства для возмещения причиненного материального ущерба, либо преступление было быстро раскрыто органами предварительного расследования еще до того, как понадобилась его помощь. Во всяком случае, оценка весомости того или иного основания, указанного в ст. 75 *УК*, и общий вывод о наличии деятельного раскаяния должен быть сделан по внутреннему убеждению судей, прокурора, следователя или дознавателя. Следует помнить, что юридическим фактом, влекущим прекращение уголовного преследования по ст. 28 УПК, является именно деятельное раскаяние, а обстоятельства, указанные в ст. 75 *УК*, есть лишь доказательственные факты, устанавливающие наличие такого раскаяния.

3. *Явка с повинной* — это добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении (см. комм. к ст. 142).

4. *Способствование раскрытию преступления* состоит в том, что лицо своими действиями оказывает активную помощь органу дознания, дознавателю, следователю, прокурору в установлении, поиске, задержании лиц, причастных к совершению преступления; выявлении предметов, орудий и следов преступления, возможных свидетелей и потерпевших; проведении следственных и оперативно-розыскных действий. Активная роль лица, способствующего раскрытию преступления, может проявляться как в том, что он сам, по собственной инициативе выполняет названные выше действия, так и в том, что он добровольно оказывает реальную помощь по предложению следователя, работников органа дознания, прокурора.

5. О понятии «заглаживание вреда, причиненного в результате преступления» см. комм. к ст. 25.

6. В части 2 комм. статьи установлено, что прекращение уголовного преследования лица по уголовному делу о преступлении иной категории при деятельном раскаянии лица в совершенном преступлении осуществляется судом, прокурором, а также следователем и дознавателем с согласия прокурора только в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части *УК*. Преступления иной

категории, чем те, которые названы в ч. 1 комм. статьи, — это тяжкие и особо тяжкие преступления. В статьях *УК*, которые устанавливают ответственность за некоторые из этих преступлений, а также за отдельные преступления средней тяжести, предусматривается возможность освобождения от уголовной ответственности при соблюдении определенных условий. К преступлениям рассматриваемой категории относятся: заражение ВИЧ-инфекцией (ст. 122 *УК*); похищение человека (ст. 126 *УК*), торговля людьми (ст. 127^1 *УК*); коммерческий подкуп (ст. 204 *УК*), терроризм (ст. 205 *УК*), содействие террористической деятельности (ст. 205.1 *УК*); захват заложника (ст. 206 *УК*), участие в незаконном вооруженном формировании (ч. 2 ст. 208 *УК*); организация преступного сообщества (преступной организации) (ст. 210 *УК*); преступления, связанные с: изготовлением оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств (ст. 222, 223 *УК*), незаконным оборотом наркотиков (ст. 228 *УК*), государственная измена, шпионаж, насильственный захват власти или насильственное удержание власти (прим. к ст. 275 *УК*), участие в экстремистском сообществе (ст. 282^1 *УК*); организация деятельности экстремистской организации (ст. 282^2 *УК*);. дача взятки (ст. 291 *УК*); заведомо ложные показания, заключение эксперта или неправильный перевод (ст. 307 *УК*), самовольное оставление части, места службы или дезертирство без отягчающих обстоятельств (ст. 337, ч. 1 ст. 338 *УК*). Следует подчеркнуть, что указанные в этих статьях условия освобождения от уголовной ответственности не всегда совпадают с теми, которые названы в ч. 1 ст. 28 УПК и ч. 1 ст. 75 *УК*, и не обязательно означают наличие раскаяния. Так, освобождение заложника по требованию правоохранительного органа может объясняться страхом погибнуть в результате штурма, а не добровольным раскаянием. В подобных случаях освобождение от уголовной ответственности должно производиться не по ст. 28 УПК, а на основании примечаний к соответствующим статьям *УК*, причем не обязательно при осуществлении уголовного преследования *впервые*.

РАЗДЕЛ II. УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

ГЛАВА 5. СУД

СТАТЬЯ 29
ПОЛНОМОЧИЯ СУДА

1. Только суд правомочен:

1) признать лицо виновным в совершении преступления и назначить ему наказание;

2) применить к лицу принудительные меры медицинского характера в соответствии с требованиями главы 51 настоящего Кодекса;

3) применить к лицу принудительные меры воспитательного воздействия в соответствии с требованиями главы 50 настоящего Кодекса;

4) отменить или изменить решение, принятое нижестоящим судом.

2. Только суд, в том числе в ходе досудебного производства, правомочен принимать решения:

1) об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста;

2) о продлении срока содержания под стражей;

3) о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы;

4) о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц;

5) о производстве обыска и (или) выемки в жилище;

6) о производстве личного обыска, за исключением случаев, предусмотренных статьей 93 настоящего Кодекса;

7) о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях;

8) о наложении ареста на корреспонденцию, разрешении на ее осмотр и выемку в учреждениях связи;

9) о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях;

10) о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности в соответствии со статьей 114 настоящего Кодекса;

11) о контроле и записи телефонных и иных переговоров.

3. Суд правомочен в ходе досудебного производства рассматривать жалобы на действия (бездействие) и решения прокурора, следователя, органа дознания и дознавателя в случаях и порядке, которые предусмотрены статьей 125 настоящего Кодекса.

4. Если при судебном рассмотрении уголовного дела будут выявлены обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, нарушения прав и свобод граждан, а также другие нарушения закона, допущенные при производстве

дознания, предварительного следствия или при рассмотрении уголовного дела нижестоящим судом, то суд вправе вынести частное определение или постановление, в котором обращается внимание соответствующих организаций и должностных лиц на данные обстоятельства и факты нарушений закона, требующие принятия необходимых мер. Суд вправе вынести частное определение или постановление и в других случаях, если признает это необходимым.

1. О понятии «суд» см. п. 27 комм. к п. 48 и др. ст. 5.

2. В части 1 комм. статьи речь идет об исключительных полномочиях суда по осуществлению правосудия в судебном производстве. Однако в ней не упоминается о таких не менее исключительных его полномочиях в судебных стадиях процесса, как применении «иной меры уголовно-правового характера» в виде конфискации имущества (гл. 15[1] *УК*), оправдание подсудимого по приговору суда (ст. 302), прекращение уголовного дела (ст. 239, 254, п. 2 ч. 3 ст. 367 384, п. 2 ч. 1 ст. 408, п. 2 ст. 418), а также о деятельности суда в стадии исполнения приговора, регулируемой гл. 46, 47 УПК.

3. В частях 2 и 3 комм. статьи перечислены полномочия суда по судебному контролю в ходе досудебного производства, предметом которого являются следующие сферы деятельности органов предварительного расследования и прокурора:

— меры пресечения, ограничивающие свободу подозреваемого и обвиняемого (п. 1, 2 ч. 2);

— следственные действия и меры процессуального принуждения, связанные с ограничениями конституционных прав и свобод граждан (п. 3—11 ч. 2);

— решения и действия (бездействие) дознавателя, органа дознания, следователя, прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, которые суд проверяет по жалобам заинтересованных лиц (ч. 3).

4. Согласно ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», ст. 9, 9[1] ФЗ «О федеральной службе безопасности» на основании судебного решения проводятся также оперативно-розыскные и контразведывательные мероприятия, а также мероприятия по борьбе с терроризмом, ограничивающие конституционные права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища.

5. Перечень действий в ч. 2 комм. статьи не исчерпывающий. На основании судебного решения производится эксгумация против воли родственников покойного (ч. 3 ст. 178 УПК).

Закон от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» устанавливает требование, чтобы только по судебному решению проводились любые следственные действия в отношении адвоката, в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых для адвокатской деятельности (ч. 3 ст. 8). Несмотря на противоречие этого требования ст. 450 УПК, в которой подобная гарантия не предусмотрена, Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре в данном случае пользуется приоритетом, поскольку он специально предназначен для регулирования адвокатских отношений[1].

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.11.2005 г. № 439-О.

6. Согласно ст. 10 Закона «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (в ред. ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» от 29.05.2002 г.) полномочия суда по принятию решений:

1) о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц;

2) о производстве обыска и (или) выемки в жилище;

3) о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях (введены в действие с 01.01.2004 г.)

СТАТЬЯ 30
СОСТАВ СУДА

1. Рассмотрение уголовных дел осуществляется судом коллегиально или судьей единолично.

2. Суд первой инстанции рассматривает уголовные дела в следующем составе:

1) судья федерального суда общей юрисдикции — уголовные дела обо всех преступлениях, за исключением уголовных дел, указанных в пунктах 2—4 настоящей части;

2) судья федерального суда общей юрисдикции и коллегия из двенадцати присяжных заседателей — по ходатайству обвиняемого уголовные дела о преступлениях, указанных в части третьей статьи 31 настоящего Кодекса;

3) коллегия из трех судей федерального суда общей юрисдикции — уголовные дела о тяжких и особо тяжких преступлениях при наличии ходатайства обвиняемого, заявленного до назначения судебного заседания в соответствии со статьей 231 настоящего Кодекса;

4) мировой судья — уголовные дела, подсудные ему в соответствии с частью первой статьи 31 настоящего Кодекса.

3. Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется судьей районного суда единолично.

4. Рассмотрение уголовных дел в кассационном порядке осуществляется судом в составе трех судей федерального суда общей юрисдикции, а в порядке надзора — в составе не менее трех судей федерального суда общей юрисдикции.

5. При рассмотрении уголовного дела судом в составе трех судей федерального суда общей юрисдикции один из них председательствует в судебном заседании.

6. Уголовные дела, подсудные мировому судье, совершенные лицами, указанными в части пятой статьи 31 настоящего Кодекса, рассматриваются судьями гарнизонных военных судов единолично в порядке, установленном главой 41 настоящего Кодекса. В этих случаях приговор и постановление могут быть обжалованы в кассационном порядке.

1. Статья определяет т.н. *подсудность уголовных дел различным составам суда.* Анализ норм УПК, законодательства о судоустройстве РФ показывает, что в составе одного профессионального судьи (единолично) действуют:

— районные суды и гарнизонные военные суды, действующие в качестве судов первой инстанции, правомочные принимать решения в ходе досудебного производства по уголовному делу (ч. 5 ст. 108, ч. 3 ст. 125, ч. 2 ст. 165);

— районные суды и гарнизонные военные суды, а также верховные суды республик, краевые (областные) суды, суды городов федерального значения, суды автономных областей и автономных округов, окружные (флотские) военные суды — при рассмотрении дел о всех подсудных им преступлениях (за исключением уголовных дел, указанных в п. 2—4 ч. 2 комм. статьи. См. также п. 8 комм. к ст. 31);

— мировые судьи;

— суды апелляционной инстанции.

2. В составе из трех профессиональных судей в РФ действуют следующие суды:

— районные суды, а также верховные суды республик, краевые (областные) суды, суды городов федерального значения, суды автономных областей и автономных округов, окружные (флотские) военные суды — при рассмотрении в первой инстанции дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, из числа подсудных этим судам, при наличии ходатайства обвиняемого, заявленного до назначения судебного заседания;

— суды кассационной и надзорной инстанций (последние могут действовать также и в составе, состоящем более чем из 3 судей).

В составе одного судьи верховного суда республики, краевого (областного) суда, суда города федерального значения, суда автономной области или автономного округа, окружного (флотского) военного суда и коллегии из 12 присяжных заседателей по ходатайству обвиняемого рассматриваются уголовные дела о преступлениях, относящихся к подсудности областных, краевых и других равных им по компетенции судов, а также окружных (флотских) военных судов.

3. В РФ существуют районные суды, в составе которых имеется только один или два судьи, тогда как уголовные дела, относящиеся к их подсудности, по ходатайству обвиняемых следует рассматривать в составе трех профессиональных судей. Некоторые авторы советуют выходить из подобной ситуации путем изменения территориальной подсудности, используя процессуальную аналогию. В подп. «а» п. 2 ч. 1 ст. 35 УПК указано, что по ходатайству стороны либо по инициативе председателя суда, в который поступило уголовное дело, подсудность может быть изменена, если все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по данному делу. По мысли авторов такой рекомендации председатель суда, используя по аналогии эту норму, должен поставить этот вопрос перед председателем вышестоящего суда на том основании, что суд не может рассмотреть дело по существу из-за отсутствия надлежащего количества судей[1]. Представляется, что, следуя этой рекомендации, подсудимому будет невозможно реализовать одновременно и право на естественный суд, и право на рассмотрение дела коллегией из 3 судей. Следует иметь в виду, что аналогия закона может применяться лишь тогда, когда это не нарушает прав участников процесса. На наш взгляд, в подобной ситуации было бы точнее применять по аналогии положение п. 2 ч. 3 ст. 31, согласно которому уголовное дело может быть передано для рассмотрения верховному суду республики, краевому или областному суду, суду города федерального значения, суду автономной области и автономного округа, которые для участников процесса также могут рассматриваться *как естественные суды* и в которых, одновременно, может быть реализовано и их право на коллегиальное рассмотрение дела.

---

[1] См. Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / Под ред. В.М. Лебедева. М. : НОРМА, 2004.

4. Часть 5 комм. статьи умалчивает, каким образом должен определяться председательствующий в коллегии из 3 профессиональных судей. Представляется, что в силу принципа независимости суда, рассматривающего дело, он не должен назначаться председателем суда. Вряд ли следует и избирать его составом суда, т.к. в этом случае, во-первых, будущему председательствующему придется голосовать за самого себя, а во-вторых, возможна ситуация, когда каждый из 3 судей проголосует за свою собственную кандидатуру. Предпочтительнее, на наш взгляд, определять председательствующего жеребьевкой.

5. Общие правила по составу суда действуют и при рассмотрении дел в отношении несовершеннолетних и лиц, в отношении которых решается вопрос о применении принудительных мер медицинского характера. Согласно ч. 2 ст. 420 и ч. 3 ст. 433 УПК производство по этим делам осуществляется в общем порядке. В гл. 50 и 51 УПК не предусмотрено особой подсудности указанных дел.

СТАТЬЯ 31
ПОДСУДНОСТЬ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ

1. Мировому судье подсудны уголовные дела о преступлениях, за совершение которых максимальное наказание не превышает трех лет лишения свободы, за исключением уголовных дел о преступлениях, предусмотренных статьями 107 частью первой, 108, 109 частями первой и второй, 134, 135, 136 частью первой, 146 частью первой, 147 частью первой, 170, 171 частью первой, 171^1 частью первой, 174 частью первой, 174^1 частью первой, 177, 178 частью первой, 183 частью первой, 184 частями первой, третьей и четвертой, 185, 191 частью первой, 193, 194 частью первой, 195, 198, 199 частью первой, 199^1 частью первой, 201 частью первой, 202 частью первой, 204 частями первой и третьей, 207, 212 частью третьей, 215 частью первой, 215^1 частью первой, 216 частью первой, 217 частью первой, 219 частью первой, 220 частью первой, 225 частью первой, 228 частью первой, 228^2, 234 частями первой и четвертой, 235 частью первой, 236 частью первой, 237 частью первой, 238 частью первой, 239, 244 частью второй, 247 частью первой, 248 частью первой, 249, 250 частями первой и второй, 251 частями первой и второй, 252 частями первой и второй, 253, 254 частями первой и второй, 255, 256 частью третьей, 257, 258 частью второй, 259, 262, 263 частью первой, 264 частью первой, 266 частью первой, 269 частью первой, 270, 271, 272 частью первой, 273 частью первой, 274 частью первой, 282 частью первой, 285^1 частью первой, 285^2 частью первой, 287 частью первой, 288, 289, 291 частью первой, 292, 293 частью первой, 294 частями первой и второй, 296 частями первой и второй, 297, 298 частями первой и второй, 301 частью первой, 302 частью первой, 303 частями первой и второй, 306 частью первой, 307 частью первой, 309 частями первой и второй, 311 частью первой, 316, 322 частью первой, 323 частью первой, 327 частью первой, 327^1 частью первой и 328 Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 01.06.2005 № 54-ФЗ)*.

2. Районному суду подсудны уголовные дела о всех преступлениях, за исключением уголовных дел, указанных в частях первой (в части подсудности уголовных дел мировому судье), третьей и четвертой настоящей статьи.

3. Верховному суду республики, краевому или областному суду, суду города федерального значения, суду автономной области и суду автономного округа подсудны:

1) уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 105 частью второй, 126 частью третьей, 131 частью третьей, 205, 206 частями второй и третьей, 208 частью первой, 209—211, 212 частью первой, 227, 263 частью третьей, 267 частью третьей, 269 частью третьей, 275—279, 281, 290 частями третьей и четвертой, 294—302, 303 частями второй и третьей, 304, 305, 317, 321 частью третьей, 322 частью второй, 353—358, 359 частями первой и второй и 360 Уголовного кодекса Российской Федерации;

2) уголовные дела, переданные в данные суды в соответствии со статьями 34 и 35 настоящего Кодекса;

3) уголовные дела, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну.

4. Верховному Суду Российской Федерации подсудны уголовные дела, указанные в статье 452 настоящего Кодекса, а также иные уголовные дела, отнесенные федеральным конституционным законом и федеральным законом к его подсудности.

5. Гарнизонный военный суд рассматривает уголовные дела о всех преступлениях, совершенных военнослужащими и гражданами, проходящими военные сборы, за исключением уголовных дел, подсудных вышестоящим военным судам.

6. Окружному (флотскому) военному суду подсудны уголовные дела, указанные в части третьей настоящей статьи, в отношении военнослужащих и граждан, проходящих военные сборы.

7. Если уголовное дело по обвинению группы лиц подсудно военному суду в отношении хотя бы одного из них, то данное уголовное дело может рассматриваться военным судом, если против этого не возражают то лицо или те лица, которые не являются военнослужащими или гражданами, проходящими военные сборы. При наличии возражений со стороны указанных лиц уголовное дело в отношении их выделяется в отдельное производство и рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции. В случае, если выделение уголовного дела в отдельное производство невозможно, данное уголовное дело в отношении всех лиц рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции.

8. Военным судам, дислоцирующимся за пределами территории Российской Федерации, подсудны уголовные дела о преступлениях, совершенных военнослужащими, проходящими военную службу в составе российских войск, членами их семей, а также другими гражданами Российской Федерации, если:

1) деяние, содержащее признаки преступления, предусмотренного уголовным законом, совершено на территории, находящейся под юрисдикцией Российской Федерации, либо совершено при исполнении служебных обязанностей, либо посягает на интересы Российской Федерации;

2) иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

9. Районный суд и военный суд соответствующего уровня принимают в ходе досудебного производства по уголовному делу решения, указанные в частях второй и третьей статьи 29 настоящего Кодекса.

10. Подсудность гражданского иска, вытекающего из уголовного дела, определяется подсудностью уголовного дела, в котором он предъявлен.

1. Подсудность есть совокупность признаков уголовного дела, которые позволяют установить определенный суд, который правомочен рассмотреть это дело в качестве суда первой инстанции. Статья 47 Конституции РФ гласит: «Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом». Реализации данного конституционного положения служат правила определения предметной (родовой), персональной и территориальной подсудности.

Предметный (родовой) признак подсудности определяется особенностями предмета производства по уголовному делу, т.е. родом рассматриваемых уголовных дел, или, иначе говоря, квалификацией деяния по статьям Особенной части *УК*. С помощью предметной подсудности обеспечивается разграничение компетенции судов разных уровней (звеньев).

Персональный признак устанавливает специальные нормы о подсудности уголовных дел в зависимости от того или иного социального положения обвиняемого (подсудимого), что является определенным изъятием из принципа о равенстве всех перед законом и судом. Персональную подсудность закон устанавливает в отношении: а) военнослужащих и приравненных к ним лиц; б) некоторых категорий должностных лиц (судей, депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации).

О территориальной подсудности см. комм. к ст. 32.

2. В комм. статье установлены правила определения подсудности как по предметному, так и по персональному принципу.

3. Кодекс устанавливает предметную подсудность мировых судей. По общему правилу им подсудны дела о преступлениях, караемых наказанием не более 3 лет лишения свободы, за исключением видов преступлений, перечисленных в ч. 1 комм. статьи. При этом следует учесть, что согласно ст. 5 Закону «О введение в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» в субъектах РФ, в которых на момент введения в действие УПК РФ не созданы должности мировых судей, уголовные дела, отнесенные УПК РФ к подсудности мировых судей, рассматриваются судьями районных судов единолично в порядке, установленном гл. 41 УПК. В этих случаях приговор и постановления могут быть обжалованы в кассационном порядке. Уголовные дела, подсудные мировому судье, совершенные лицами, указанными в ч. 5 ст. 31 УПК, рассматриваются судьями гарнизонных военных судов единолично в порядке, установленном гл. 41 УПК. В этих случаях приговор и постановление также могут быть обжалованы в кассационном порядке (ч. 6 ст. 30).

4. Районные суды рассматривают подавляющее большинство уголовных дел. Поэтому их предметная подсудность определяется в ч. 2 комм. статьи методом исключения: районным судам подсудны дела о всех преступлениях, за исключением уголовных дел, составляющих предмет ведения других федеральных судов всех уровней и мировых судов. В этой норме не говорится о том, что районному суду не подсудны дела, отнесенные к ведению военных судов (ч. 5—8 ст. 31), однако это следует из общего смысла всей этой статьи, а также из содержания ФКЗ от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации».

5. Определяя подсудность верховных судов республик, краевых (областных) судов, судов городов федерального значения, судов автономных областей и автономных округов, законодатель пошел путем, во-первых, прямого указания видов преступлений, дела о которых отнесены к компетенции судов этого уровня. Это не только дела о тяжких или особо тяжких преступлениях, но и о преступлениях средней и небольшой тяжести (ст. 294—302 и др. *УК*). Во-вторых, это уголовные дела, переданные в данные суды в соответствии со ст. 34 и 35 УПК, и, в-третьих, уголовные дела, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну.

6. Подсудность Верховного Суда РФ в данное время определяется по персональному признаку. Как суд первой инстанции он должен рассматривать уголовные дела депутатов Государственной Думы, членов Совета Федерации и судей федеральных судов, в случае если они до начала судебного разбирательства заявят об этом ходатайство (ст. 452 УПК), что служит важной гарантией независимости указанных лиц. Кроме того, в ч. 3 комм. статьи оговаривается, что Верховному Суду РФ также подсудны уголовные дела, отнесенные ФКЗ и ФЗ к его подсудности. В настоящее время таким законом является ФКЗ «О военных судах Российской Федерации». Согласно ст. 9 этого Закона Военная коллегия Верховного Суда РФ рассматривает в первой инстанции, в частности, дела о преступлениях особой сложности или особого общественного значения, которые Военная коллегия вправе принять к своему производству при наличии ходатайства обвиняемого. Закон не предусматривает какого-либо процессуального акта и порядка принятия такого решения при изменении предметной подсудности военных судов. Поэтому при оценке данной нормы необходимо, на наш взгляд, учитывать позицию Конституционного Суда РФ по вопросу о передаче уголовного дела из суда, которому оно подсудно, в другой суд. В Постановлении от 16.03.98 г. по делу о проверке конституционности ст. 44 УПК РСФСР и ст. 123 *ГПК* РСФСР в связи с жалобами ряда граждан Конституционный Суд сформулировал принципиальную позицию о том, что «передача дела из одного суда, которому оно подсудно, в другой суд без принятия соответствующего процессуального судебного акта и при отсутствии указанных в самом процессуальном законе точных оснований (обстоятельств), по которым дело не может быть рассмотрено в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, и, следовательно, подлежит передаче в другой суд, не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 46 и 47 (ч. 1)».

7. Согласно п. 2 ч. 1 ст. 7 ФКЗ «О военных судах Российской Федерации» военным судам подсудны дела о преступлениях, в совершении которых обвиняются военнослужащие, граждане, проходящие военные сборы, а также граждане, уволенные с военной службы, граждане, прошедшие военные сборы, при условии, что преступления совершены ими в период прохождения военной службы, военных сборов (последняя группа граждан совсем не упоминается в ст. 31 УПК РФ). Дела о преступлениях, в совершении которых обвиняются военнослужащие, в т.ч. граждане, проходящие военные сборы, при условии, что преступления совершены ими до призыва либо поступления на военную службу, до прохождения военных сборов, не подсудны военным судам.

В соответствии с ФЗ «О статусе военнослужащих» и «О воинской обязанности и военной службе» военнослужащими являются граждане, проходящие военную службу в Вооруженных Силах РФ, других войсках, воинских формированиях и органах, указанных в ст. 2 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе». Статус военнослу-

жащих имеют также военнослужащие, прикомандированные в установленном порядке к федеральным органам государственной власти, другим государственным органам и учреждениям, органам государственной власти субъектов РФ, международным организациям в соответствии с международными договорами РФ, государственным унитарным предприятиям, имущество которых находится в федеральной собственности, акционерным обществам, 100% акций которых находится в федеральной собственности и которые выполняют работу в интересах обороны страны и безопасности государства, иным предприятиям, учреждениям и организациям, если это предусмотрено ФЗ, а также в соответствии со ст. 2 ФЗ «О статусе военнослужащих» *граждане, проходящие военные* сборы (однако по смыслу положений ч. 5—6 ст. 31 УПК граждане, проходящие военные сборы, не считаются военнослужащими, что вряд ли верно). Лица, проходящие службу в иных государственных военизированных органах и формированиях на основании других законодательных и нормативных правовых актов, имеющие специальные звания, сходные или аналогичные с воинскими званиями, военнослужащими не являются.

8. Правила определения подсудности гарнизонных и окружных (флотских) военных судов, предусмотренные в ч. 5, 6 комм. статьи, существенно расходятся с теми, которые установлены ФКЗ «О военных судах Российской Федерации». Так, согласно ч. 1 ст. 14 этого Закона «окружной (флотский) военный суд в пределах, установленных настоящим Федеральным конституционным законом, рассматривает в первой инстанции дела о преступлениях, за совершение которых может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет, пожизненного лишения свободы или смертной казни». На основании ч. 1 ст. 22 Закона «гарнизонный военный суд в пределах, установленных настоящим Федеральным конституционным законом, рассматривает в первой инстанции уголовные дела, не отнесенные настоящим Федеральным конституционным законом к подсудности Военной коллегии или окружного (флотского) военного суда».

Однако согласно ч. 6 комм. статьи окружному (флотскому) военному суду в отношении военнослужащих и граждан, проходящих военные сборы, подсудны все уголовные дела, указанные в ч. 3 комм. статьи, т.е. аналогичные тем, которые относятся к ведению верховных судов республик, краевых (областных) судов, судов городов федерального значения, судов автономных областей и автономных округов. Преступления же, указанные в ч. 3 комм. статьи, далеко не всегда предусматривают наказание в виде лишения свободы на срок свыше 15 лет, пожизненного лишения свободы или смертной казни.

Часть 4 ст. 7 ФКЗ о военных судах устанавливает, что военным судам, дислоцирующимся за пределами территории РФ, подсудны *все* уголовные дела, подлежащие рассмотрению федеральными судами общей юрисдикции, если иное не установлено международным договором РФ. Иначе — в ч. 8 комм. статьи. Здесь говорится о том, что военным судам, дислоцирующимся за пределами территории России, подсудны уголовные дела о преступлениях, совершенных более ограниченным контингентом: военнослужащими, *проходящими военную службу в составе российских войск*, членами их семей, а также другими *гражданами РФ*, причем только при условии, что деяние совершено на территории, находящейся под *юрисдикцией России*, либо совершено *при исполнении служебных обязанностей*, либо *посягает на интересы России*, если иное не предусмотрено международным договором РФ.

Таким образом, из подсудности военных судов, дислоцирующихся за пределами территории РФ, УПК исключает, во-первых, военнослужащих, которые не проходят службу непосредственно в войсках РФ, а в соответствии с ФЗ «О статусе военнослужащих» и «О воинской обязанности и военной службе» исполняют иные обязанности, в частности, прикомандированы к государственным органам и учреждениям, иным предприятиям, учреждениям и организациям, международным организациям и т.д. Во-вторых, подсудность таких военных судов распространяется только на граждан РФ, а иностранные граждане и лица без гражданства, совершившие преступления против интересов России и ее граждан, а также международные преступления (т.н. экстерриториальная юрисдикция национальных судов в силу международно-правовых принципов защиты и безопасности и универсальности — см. комм. к ст. 3), из-под нее выводятся. В-третьих, по буквальному смыслу ч. 8 комм. статьи военным судам, находящимся за пределами территории РФ, оказываются подсудны не только дела о преступлениях военнослужащих, но и членов их семей, даже если они не проживают совместно с этими военнослужащими за границей, но своими деяниями «посягают на интересы Российской Федерации». В-четвертых, к подсудности военных судов, дислоцирующихся за пределами территории РФ, относятся, в частности, деяния, совершенные на территории, «находящейся под юрисдикцией Российской Федерации». Но согласно ч. 1 ст. 67 Конституции РФ «Территория Российской Федерации включает в себя территории ее субъектов, внутренние воды и территориальное море, воздушное пространство над ними». Российская Федерация также «осуществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне Российской Федерации в порядке, определенном федеральным законом и нормами международного права» (ч. 2 ст. 67). Таким образом, данная норма может реально применяться только при том условии, что каким-либо международно-правовым договором, предусматривающим размещение контингента российских войск на территории другого государства, установлена юрисдикция России над частью территории этого иностранного государства.

9. Согласно ч. 3 ст. 76 Конституции РФ «федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам». Закон от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации» является *федеральным конституционным законом*. Поэтому на основании сделанного выше анализа можно, на наш взгляд, прийти только к одному выводу — ч. 6 и 8 ст. 31 УПК РФ, регулирующие подсудность окружных (флотских) военных судов и военных судов, дислоцирующихся за пределами территории РФ, применению не подлежат — по крайней мере, до тех пор, пока в Федеральный конституционный закон «О военных судах Российской Федерации» не будут внесены адекватные изменения.

10. В ч. 8 комм. статьи определяется подсудность военных и иных судов по т.н. *связи дел*. Причем содержащаяся здесь норма решает вопрос о возможности подсудности дел о преступлениях, совершенных *не военнослужащими*, диаметрально противоположно тому, как это было сделано в УПК РСФСР. Согласно старому Кодексу, если дело по обвинению группы лиц в совершении нескольких преступлений было подсудно военному трибуналу в отношении хотя бы одного лица, то дело о всех лицах рассматривалось военным трибуналом (ч. 2 ст. 42 УПК РСФСР). Напротив, теперь, если уголовное дело по обвинению группы лиц подсудно военному суду в отношении хотя бы одного из них, то оно может рассматриваться военным судом лишь при не-

пременном условии, что против этого не возражают то лицо или те лица, которые не являются военнослужащими или гражданами, проходящими военные сборы. При наличии возражений со стороны указанных лиц уголовное дело в отношении них выделяется в отдельное производство и рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции. В случае если выделение уголовного дела в отдельное производство невозможно, данное уголовное дело в отношении всех лиц рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции.

11. В УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР (ч. 2 ст. 42), не дается ответа на вопрос, каким судом — военным или обычным — должно рассматриваться дело по обвинению лица в совершении нескольких преступлений, одни (или даже одно) из которых подсудны военному суду, а другие — обычному. В таких случаях преимущество на основании ч. 3 ст. 34 УПК РФ должно отдаваться, как и раньше, военному суду.

12. При обвинении лица в совершении нескольких преступлений, из которых хотя бы одно подсудно областному (или равному ему) суду, уголовное дело подлежит рассмотрению по существу в областном суде[1].

СТАТЬЯ 32
ТЕРРИТОРИАЛЬНАЯ ПОДСУДНОСТЬ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Уголовное дело подлежит рассмотрению в суде по месту совершения преступления, за исключением случаев, предусмотренных статьей 35 настоящего Кодекса.

2. Если преступление было начато в месте, на которое распространяется юрисдикция одного суда, а окончено в месте, на которое распространяется юрисдикция другого суда, то данное уголовное дело подсудно суду по месту окончания преступления.

3. Если преступления совершены в разных местах, то уголовное дело рассматривается судом, юрисдикция которого распространяется на то место, где совершено большинство расследованных по данному уголовному делу преступлений или совершено наиболее тяжкое из них.

1. Территориальный признак подсудности состоит в том, что уголовное дело подлежит рассмотрению в суде по месту совершения преступления. Подсудность по месту совершения преступления способствует более полному исследованию обстоятельств дела и учету местных условий. О территориальной подсудности, связанной с исполнением приговора, см. комм. к ст. 396.

2. Если определить место совершения преступления невозможно (например, кража совершена в поезде дальнего следования и точный момент ее окончания неизвестен), дело подсудно тому суду, в районе деятельности которого закончено предварительное следствие или дознание по делу. При этом следует иметь в виду, что районом деятельности верховного суда автономной республики, автономной области является их территория. В район деятельности краевого суда не включается территория входящей в него автономной области, в район деятельности областного суда — территория автономного округа, входящего в состав области.

---

[1] См. определение СК по УД ВС РФ от 12.05.2004 г. № 81-О04-12.

3. Если преступления совершены в разных местах, то уголовное дело по постановлению вышестоящего суда передается тому суду, юрисдикция которого распространяется на то место, где совершено большинство преступлений, подлежащих рассмотрению по данному делу, или где совершено наиболее тяжкое из них. Однако иногда решить этот вопрос по данному признаку невозможно, — например тогда, когда в разных местах совершено поровну преступлений одинаковой тяжести. В этом случае может возникнуть ситуация, при которой дело одновременно подсудно нескольким одноименным судам. Согласно Определению КС РФ по запросу Московского областного суда о проверке конституционности ст. 421 УПК РСФСР от 13.04.2000 г., если уголовное дело по тем или иным основаниям подсудно нескольким *одноименным* судам, оно подлежит рассмотрению в том суде, в районе деятельности которого было закончено предварительное следствие.

4. Для военных судов действуют особые, персонально-территориальные правила о подсудности с учетом принципов организации Вооруженных Сил РФ. Основное значение имеет принадлежность обвиняемого к воинской части, которая находится в сфере юрисдикции соответствующего военного суда. Например, военному суду армии подсудны дела о преступлениях военнослужащих этой армии; военному суду гарнизона подсудны дела военнослужащих частей данного гарнизона и т.д.

СТАТЬЯ 33
ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПОДСУДНОСТИ ПРИ СОЕДИНЕНИИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ

1. В случае обвинения одного лица или группы лиц в совершении нескольких преступлений, уголовные дела о которых подсудны судам разных уровней, уголовное дело о всех преступлениях рассматривается вышестоящим судом.

2. Рассмотрение уголовных дел военными судами в отношении лиц, не являющихся военнослужащими, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных частями пятой—восьмой статьи 31 настоящего Кодекса.

1. О соединении уголовных дел см. комм. к ст. 153.

2. О подсудности военных судов в отношении лиц, не являющихся военнослужащими, см. п. 8, 10 комм. к ст. 31.

3. Нормы международного права могут устанавливать иные правила подсудности при соединении уголовных дел. Так, согласно ст. 77 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанной в Минске 22.01.93 г., при обвинении одного лица или группы лиц в совершении нескольких преступлений, дела о которых подсудны судам двух или более стран, рассматривать дело должен суд того государства, на территории которого окончено предварительное расследование об этих преступлениях.

СТАТЬЯ 34
ПЕРЕДАЧА УГОЛОВНОГО ДЕЛА ПО ПОДСУДНОСТИ

1. Судья, установив при разрешении вопроса о назначении судебного заседания, что поступившее уголовное дело не подсудно данному суду, выносит постановление о направлении данного уголовного дела по подсудности.

2. Суд, установив, что находящееся в его производстве уголовное дело подсудно другому суду того же уровня, вправе с согласия подсудимого оставить данное уголовное дело в своем производстве, но только в случае, если он уже приступил к его рассмотрению в судебном заседании.

3. Если уголовное дело подсудно вышестоящему суду или военному суду, то оно во всех случаях подлежит передаче по подсудности.

1. Судья, установив в порядке подготовки к судебному заседанию, что поступившее дело не подсудно данному суду, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 227 обязан во всех случаях вынести постановление о направлении дела по подсудности.

2. До введения в действие нового УПК существовала судебная практика, согласно которой, если неподсудность уголовного дела данному суду обнаружилась после назначения судебного заседания, то дело по представлению судьи направлялось председателю вышестоящего суда для внесения им протеста в порядке надзора в целях отмены постановления о назначении судебного заседания и направления дела по подсудности. По УПК РФ председатели вышестоящих судов лишились права приносить такие протесты (см. комм. к ст. 402). В связи с этим в подобной ситуации суд должен начать рассмотрение дела и решить в судебном заседании вопрос о направлении по подсудности.

3. В ч. 2 комм. статьи суду, обнаружившему в стадии судебного разбирательства, что находящееся в его производстве уголовное дело подсудно другому суду того же уровня, предоставлено право все же оставить дело в своем производстве с согласия подсудимого. Такое решение законодателя не бесспорно. Необходимо учитывать, что правила о подсудности направлены на защиту не только интересов обвиняемого, но также прав субъектов Федерации, заинтересованных в том, чтобы уголовное дело в целях общей и специальной превенции рассматривалось на той же территории, где было совершено преступление. Конституционным Судом РФ в постановлениях от 16.03.98 г. по делу о проверке конституционности ст. 44 УПК РСФСР и ст. 123 *ГПК* РСФСР и от 02.02.99 г. по делу о проверке конституционности ряда нормативных актов, касающихся производства в суде присяжных, была выражена принципиальная позиция, состоящая, в частности, в том, что передача дел из одного суда в другой может осуществляться лишь при наличии указанных в самом процессуальном законе *точных оснований (обстоятельств)*, по которым дело *не может быть рассмотрено* в том суде, к подсудности которого оно отнесено законом. В рассматриваемой норме УПК РФ таких оснований не названо. Поэтому нам представляется, что, принимая решение об оставлении дела в своем производстве, суд обязан указать в нем, помимо ссылки на согласие с этим решением подсудимого, почему дело не может быть рассмотрено в том суде, к подсудности которого оно отнесено законом. В противном случае облегчается возможность искусственной передачи дел судам иной территориальной подсудности в целях избежать общественного контроля за ведением судебного процесса по делам о преступлениях, получивших широкий резонанс по месту совершения преступления.

4. В ч. 3 комм. статьи установлена безусловная обязанность суда при любых условиях передать дело по подсудности, если оно подсудно вышестоящему или военному суду. В отличие от УПК РСФСР, который запрещал передачу дела, начатого рассмотрением в судебном заседании вышестоящего суда, в суд более низкого звена (ч. 3

ст. 43), УПК РФ не исключает такую возможность. Представляется, что решение вышестоящего суда о передаче дела по подсудности будет правомерно только тогда, когда он еще не принял по данному делу никаких промежуточных решений, которые могли бы оказать влияние на внутреннее убеждение и позицию по делу судей суда нижестоящего — в первую очередь, о частичном прекращении уголовного дела (ст. 239, 254 УПК РФ).

5. Уголовное дело направляется по подсудности непосредственно в тот суд, которому оно подсудно.

СТАТЬЯ 35 ИЗМЕНЕНИЕ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ПОДСУДНОСТИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Территориальная подсудность уголовного дела может быть изменена:

1) по ходатайству стороны — в случае удовлетворения в соответствии со статьей 65 настоящего Кодекса заявленного ею отвода всему составу соответствующего суда;

2) по ходатайству стороны либо по инициативе председателя суда, в который поступило уголовное дело, — в случаях:

а) если все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу, что является основанием для их отвода в соответствии со статьей 63 настоящего Кодекса;

б) если не все участники уголовного судопроизводства по данному уголовному делу проживают на территории, на которую распространяется юрисдикция данного суда, и все обвиняемые согласны на изменение территориальной подсудности данного уголовного дела.

2. Изменение территориальной подсудности уголовного дела допускается лишь до начала судебного разбирательства.

3. Вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела по основаниям, указанным в части первой настоящей статьи, разрешается председателем вышестоящего суда или его заместителем в порядке, установленном частями третьей, четвертой и шестой статьи 125 настоящего Кодекса.

1. Постановлением Конституционного Суда РФ от 16.03.1998 г. по делу о проверке конституционности ст. 44 УПК РСФСР и ст. 123 *ГПК* РСФСР в связи с жалобами ряда граждан было признано, что «передача дела вышестоящим судом из одного суда, которому оно подсудно, в другой суд не противоречит Конституции РФ, если осуществляется в рамках *судебной процедуры* при наличии указанных в самом процессуальном законе (как в статьях о подсудности, так и в иных его статьях) *точных оснований (обстоятельств)*, по которым дело не может быть рассмотрено в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, и, следовательно, подлежит передаче в другой суд». Законодатель попытался учесть в новом УПК эти положения, предусмотрев в ст. 35 Кодекса три основания для изменения территориальной подсудности (п. 1 и подп. «а» и «б» п. 2 ч. 1), а также процедуру для решения этого вопроса (ч. 3).

2. Однако представляется, что положения комм. статьи не вполне гарантируют требование ч. 1 ст. 47 Конституции РФ о том, что «никто не может быть лишен права на рассмотрение *его дела* в том суде и тем судом, к подсудности которого оно отнесено законом».

Во-первых, территориальная подсудность, согласно п. 1 и 2 ч. 1 ст. 35 УПК, может быть изменена по «ходатайству стороны», причем не уточняется, какой. Следовательно, это может произойти не только по ходатайству обвиняемого (подсудимого), потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, к которым и обращено содержание ч. 1 ст. 47 Конституции, но и по ходатайству стороны обвинения.

Во-вторых, в п. 1 ч. 1 ст. 35 УПК изменение подсудности допускается при удовлетворении отвода, заявленного стороной «всему составу соответствующего суда». Но *состав суда* — понятие юридически определенное, — так называется ст. 30 УПК, в которой речь идет о процессуальном составе суда, рассматривающего конкретное уголовное дело, а не о всех судьях, состоящих в штате районного, городского, областного или другого суда как учреждения. Заявление же отвода судьям, рассматривающим данное дело («составу суда»), — явно недостаточный повод для перенесения рассмотрения дела в другой суд.

В-третьих, изменение подсудности возможно не только по ходатайству стороны или с согласия обвиняемого, но и по инициативе председателя суда, в который поступило уголовное дело, без учета мнения сторон. По смыслу подп. «а» п. 2 ч. 1 комм. статьи председатель вышестоящего суда (его заместитель) по предложению («инициативе») председателя суда нижестоящего может изменить подсудность, когда все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу (если это является основанием для их отвода). Причем в отличие от п. 1 ч. 1 этой же статьи, закон не требует, чтобы при этом кем-либо из участников процесса обязательно был заявлен отвод судьям, — по-видимому, достаточно вывода председателя суда о наличии основания для отвода по ст. 63 УПК. Такой способ изменения территориальной подсудности также идет вразрез с названным конституционным правом на естественного судью, поскольку допускает неконтролируемую стороной передачу дела в другой суд, а значит, и возможность злоупотреблений.

В-четвертых, согласия одних только обвиняемых на изменение территориальной подсудности дела, о котором говорится в подп. «б» п. 2 ч. 1 комм. статьи, недостаточно для обеспечения конституционного права *каждого* на естественный суд, ведь каждый — это не только обвиняемый, но и потерпевший и другие участники процесса, которые могут считать, что в суде рассматривается именно *его дело*.

3. Каким же образом практически можно решить вопрос о рассмотрении дела в той ситуации, когда *все* судьи, состоящие в штате данного (чаще всего мирового или районного) суда, отведены или подлежат отводу? Представляется, что в этом критическом случае было бы более правильно воспользоваться положением п. 2 ч. 3 ст. 31, согласно которому уголовное дело *в соответствии со ст. 35* УПК может быть передано для рассмотрения верховному суду республики, краевому или областному суду, суду города федерального значения, суду автономной области и автономного округа, которые для участников процесса также могут рассматриваться как естественные суды.

СТАТЬЯ 36
НЕДОПУСТИМОСТЬ СПОРОВ О ПОДСУДНОСТИ

Споры о подсудности между судами не допускаются. Любое уголовное дело, переданное из одного суда в другой в порядке, установленном статьями 34 и 35 настоящего Кодекса, подлежит безусловному принятию к производству тем судом, которому оно передано.

1. Комм. норма направлена на предотвращение случаев волокиты и препирательств между судами по поводу подсудности. Суд не вправе отказываться от рассмотрения уголовного дела, направленного ему в соответствии со ст. 34 и 35.

2. В соответствии с УПК РСФСР в случаях, когда в суд направлялось уголовное дело с нарушением правил подсудности, то неправильное решение суда, передающего дело, могло быть опротестовано в порядке надзора по протесту председателя вышестоящего суда. По УПК РФ председатель вышестоящего суда полномочиями по принесению протестов в порядке надзора не обладает (см. комм. к ст. 402). Представляется, что если нарушаются правила территориальной подсудности, то председатель вышестоящего суда (его заместитель) вправе по аналогии с положением ч. 3 ст. 35 своим постановлением направить дело по надлежащей подсудности.

3. В случае поступления в суд дела, подсудного вышестоящему суду либо военному суду, председатель данного суда с учетом требования ч. 3 ст. 34 должен направить его в вышестоящий суд для определения надлежащей подсудности.

ГЛАВА 6. УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА СО СТОРОНЫ ОБВИНЕНИЯ

СТАТЬЯ 37
ПРОКУРОР

1. Прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, установленной настоящим Кодексом, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия.

2. В ходе досудебного производства по уголовному делу прокурор уполномочен:

1) проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях;

2) возбуждать уголовное дело в порядке, установленном настоящим Кодексом, поручать его расследование дознавателю, следователю, нижестоящему прокурору либо принимать его к своему производству;

3) участвовать в производстве предварительного расследования и в необходимых случаях давать письменные указания о направлении расследования, производстве следственных и иных процессуальных действий либо лично производить отдельные следственные и иные процессуальные действия;

4) давать согласие дознавателю, следователю на возбуждение уголовного дела в соответствии со статьей 146 настоящего Кодекса;

5) давать согласие дознавателю, следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения;

6) разрешать отводы, заявленные нижестоящему прокурору, следователю, дознавателю, а также их самоотводы;

7) отстранять дознавателя, следователя от дальнейшего производства расследования, если ими допущено нарушение требований настоящего Кодекса при производстве предварительного расследования;

8) изымать любое уголовное дело у органа дознания и передавать его следователю, передавать уголовное дело от одного следователя прокуратуры другому с обязательным указанием оснований такой передачи;

9) передавать уголовное дело от одного органа предварительного расследования другому в соответствии с правилами, установленными статьей 151 настоящего Кодекса, изымать любое уголовное дело у органа предварительного расследования и передавать его следователю прокуратуры с обязательным указанием оснований такой передачи;

10) отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего прокурора, следователя, дознавателя в порядке, установленном настоящим Кодексом;

11) поручать органу дознания производство следственных действий, а также давать ему указания о проведении оперативно-розыскных мероприятий;

12) продлевать срок предварительного расследования;

13) утверждать постановление дознавателя, следователя о прекращении производства по уголовному делу;

14) утверждать обвинительное заключение или обвинительный акт и направлять уголовное дело в суд;

15) возвращать уголовное дело дознавателю, следователю со своими указаниями о производстве дополнительного расследования;

16) приостанавливать или прекращать производство по уголовному делу;

17) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом.

3. Письменные указания прокурора органу дознания, дознавателю, следователю, данные в порядке, установленном настоящим Кодексом, являются обязательными. Обжалование полученных указаний вышестоящему прокурору не приостанавливает их исполнения, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей статьи 38 настоящего Кодекса.

4. В ходе судебного производства по уголовному делу прокурор поддерживает государственное обвинение, обеспечивая его законность и обоснованность, а в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, прокурор вправе поручить поддержание от имени государства обвинения в суде дознавателю либо следователю, производившему дознание по данному уголовному делу.

5. Прокурор вправе в порядке и по основаниям, которые установлены настоящим Кодексом, отказаться от осуществления уголовного преследования.

6. Полномочия прокурора, предусмотренные настоящей статьей, осуществляются прокурорами района, города, их заместителями, приравненными к ним прокурорами и вышестоящими прокурорами.

1. УПК РФ определяет прокурора как должностное лицо, уполномоченное в пределах своей компетенции осуществлять от имени государства *уголовное преследование в* ходе уголовного судопроизводства, а также *надзор* за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия (ч. 1 ст. 37). Таким образом, прокурор в российском уголовном процессе совмещает сугубо процессуальную функцию уголовного преследования и государственно-правовую по своему происхождению функцию надзора за соблюдением законов. Притом гл. 6 УПК называется: «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения». Из этого можно заключить, что законодатель видит в прокурорском уголовном преследовании именно проявление состязательной функции обвинения. Следовательно, функция уголовного преследования (обвинения от имени государства) должна быть совершенно отделена в российском процессе от функции правосудия, а полномочия прокурора не могут подменять полномочий, свойственных в состязательном процессе суду. Надзор прокурора, по буквальному смыслу ст. 37, распространяется исключительно на деятельность органов дознания и органов предварительного следствия, относящихся в России к исполнительным органам власти в уголовном процессе, и не затрагивает суд, а равно деятельность защитника.

2. *Надзорная функция* прокурора на предварительном расследовании проявляется там, где он руководствуется исключительно интересами строгого и точного исполнения *закона*, жертвуя ради этого, если потребуется, даже эффективностью уголовного преследования. Функция же *уголовного преследования* реализуется в тех прокурорских полномочиях, которые нацелены на максимально эффективное и целесообразное обеспечение *неотвратимости* уголовной ответственности лиц, совершивших преступления. Если говорить о критерии разделения этих функций еще проще, то функция надзора следует лишь началу *законности*, в то время как функция уголовного преследования, кроме того, — и началу *целесообразности*.

Руководство прокурором ходом расследования в российском процессе может быть конкретным проявлением и его надзорной функции, и полномочий по уголовному преследованию. Поэтому вопрос следует рассматривать в плоскости соотношения не надзора и руководства расследованием, а надзора и уголовного преследования. Здесь, пользуясь названным выше критерием, можно разделить полномочия прокурора на досудебных стадиях процесса на две большие группы.

Надзорная функция прокурора конкретизируется в следующих его полномочиях, из числа указанных в ст. 37 и 221 УПК и некоторых других:

1) проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях;

2) давать согласие дознавателю или следователю на возбуждение уголовного дела (ч. 1 ст. 146).

3. Давать согласие дознавателю, следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании меры пресечения или о производстве иного процессуального действия, которое допускается только на основании судебного решения. Санкция (разрешение, согласие) прокурора также дается на неуведомление родственников подозреваемого о его задержании (ст. 96), на применение меры пресечения — залога (ст. 106), на отмену или изменение меры пресечения, избранной в ходе досудебного производства прокурором, а также следователем, дознавателем по его письменному указанию (ч. 3 ст. 110); на направление запроса следователя или дознавателя руково-

дителям банков и иных кредитных организаций о предоставлении информации о денежных средствах и иных ценностях, принадлежащих подозреваемому или обвиняемому, при наложении на них ареста (ч. 7 ст. 115); на предание гласности данных предварительного расследования (ч. 3 ст. 161); а также на возбуждение следователем или дознавателем перед судом следующих ходатайств: об избрании в качестве меры пресечения домашнего ареста (ч. 2 ст. 107) или заключения под стражу (ч. 3 ст. 108), о продлении срока содержания под стражей (ст. 109); о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы (ч. 2 ст. 203); о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц (ст. 177); о производстве обыска или выемки в жилище (ст. 182); о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях (ч. 4 ст. 183); о производстве личного обыска (ст. 184); о наложении ареста на корреспонденцию, ее осмотре и выемке в учреждениях связи (ст. 185); о наложении ареста на имущество (ст. 115); о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности (ч. 1 ст. 114); о контроле и записи телефонных и иных переговоров (ч. 2 ст. 29, ч. 1 ст. 165).

4. Передавать уголовное дело от одного органа предварительного расследования другому в соответствии с правилами подследственности, указанными в ст. 151.

5. Отстранять дознавателя, следователя от дальнейшего производства расследования, если ими допущено нарушение закона при производстве предварительного расследования: например, когда при наличии очевидных обстоятельств, исключающих участие следователя в процессе, он не устранился от участия в расследовании, нарушив тем самым требования закона. Отстранение следователя может быть результатом лишь грубых, существенных процессуальных нарушений, которые создают помехи своевременному и успешному окончанию расследования, ибо постоянная угроза быть остраненным от дела из-за мелких ошибок может свести на нет всю процессуальную самостоятельность следователя. Вместе с тем основаниями для отстранения следователя или дознавателя от производства расследования могут быть не только нарушения процессуального закона. При совершении следователем любого уголовного преступления он также не может продолжать расследование и должен быть немедленно отстранен прокурором от участия в деле.

6. Отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего прокурора, следователя, дознавателя в порядке, установленном законом.

7. Утверждать постановление дознавателя, следователя о прекращении производства по уголовному делу.

8. Приостанавливать или прекращать производство по уголовному делу.

9. Разрешать отводы, заявленные нижестоящему прокурору, следователю, дознавателю, а также их самоотводы.

Функция уголовного преследования на досудебных стадиях процесса выражается в полномочиях прокурора.

1. Лично возбуждать уголовное дело и поручать его расследование дознавателю, следователю, нижестоящему прокурору либо принимать его к своему производству, а также продлевать срок проверки сообщения о преступлении до 30 суток при необходимости проведения документальных проверок или ревизий (ч. 3 ст. 144).

2. Принимать по ходатайству начальника следственного отдела решение о производстве предварительного следствия следственной группой (ч. 2 ст. 163).

3. Участвовать в производстве предварительного расследования и в необходимых случаях давать письменные указания о направлении расследования, производстве следственных и иных процессуальных действий либо лично производить отдельные следственные и иные процессуальные действия.

4. Поручать органу дознания проведение следственных действий, а также давать ему указания о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

5. Принимать решения или давать указания следователю: о привлечении лица в качестве обвиняемого; о квалификации преступления; об объеме обвинения; об избрании меры пресечения либо об отмене или изменении меры пресечения, избранной следователем в отношении подозреваемого или обвиняемого (п. 1—4 ч. 3 ст. 38).

6. Соединять своим постановлением уголовные дела в одном производстве (ст. 153).

7. Изымать любое уголовное дело у органа дознания и передавать его следователю. Обычно такая необходимость обусловлена повышенной сложностью или важностью дела, когда предача его следователю будет способствовать повышению качества и эффективности расследования. Однако она может возникать и в случае, если дело, подследственное по родовому признаку следователю, фактически расследуется органом дознания, и прокурор восстанавливает законный порядок, передавая его следователю. В последнем случае речь идет о выполнении прокурором надзорной функции.

8. Поручать органу дознания производство предварительного расследования в форме дознания по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, которые обычно находятся в подследственности следователя (п. 2 ч. 3 ст. 150).

9. Передавать уголовное дело от одного следователя прокуратуры другому с обязательным указанием оснований такой передачи. Такими основаниями могут быть: интересы соблюдения процессуальных сроков и качества расследования (например, ввиду временной нетрудоспособности следователя, слишком большой рабочей нагрузки либо недостатка практического опыта при повышенной сложности дела). Передача дела другому следователю не должна быть связана с нарушением следователем закона, в противном случае он должен быть отстранен от дальнейшего производства по делу (п. 7 ч. 2 ст. 37).

10. Изымать любое уголовное дело у органа предварительного расследования и передавать его следователю прокуратуры с обязательным указанием оснований такой передачи.

11. Продлевать срок предварительного следствия или дознания (ст. 162, 223).

12. Ходатайствовать перед судом о переводе лица, содержащегося под стражей, в психиатрический стационар (ч. 1 ст. 435).

13. При поступлении уголовного дела с обвинительным заключением (ст. 221):

— утверждать обвинительное заключение и направлять уголовное дело в суд; составлять новое обвинительное заключение;

— изменять объем обвинения либо квалификацию действий обвиняемого по закону о менее тяжком преступлении;

— отменять или изменять ранее избранную обвиняемому меру пресечения или избирать меру пресечения, если она ранее не была применена, кроме домашнего аре-

ста и содержания под стражей (эти меры пресечения применяются лишь по решению суда);

— полностью или частично прекращать уголовное дело либо уголовного преследование в отношении отдельных обвиняемых;

— направлять уголовное дело вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения, если оно подсудно вышестоящему суду;

— возвращать уголовное дело дознавателю или следователю для производства дополнительного расследования со своими письменными указаниями об устранении выявленных недостатков;

— дополнять или сокращать список лиц, подлежащих вызову в суд со стороны обвинения.

Границы активности прокурора на предварительном следствии не беспредельны. Наиболее отчетливо это проявляется в его взаимоотношениях со следователем. Прокурор не должен подменять следователя, который пользуется *процессуальной самостоятельностью*. Руководя уголовным преследованием, прокурор не вправе умалять самостоятельности следователя. Правда, он может принять дело к своему производству, но в этом случае на него самого распространяется процессуальный статус следователя. Прокурор также имеет право, не принимая дела к своему производству, участвовать в проведении следователем предварительного расследования и лично производить отдельные следственные и иные процессуальные действия, а также давать следователю письменные указания о направлении расследования, производстве следственных и иных процессуальных действий. Но и тогда именно на следственном органе лежит главная ответственность за ход всего следствия и его результаты. При несогласии с действиями (бездействием) и решениями прокурора по ряду важнейших вопросов предварительного расследования (ч. 3 ст. 38 УПК) следователь вправе приостановить их исполнение и представить уголовное дело вышестоящему прокурору с письменным изложением своих возражений.

Более обширны полномочия прокурора в отношении органов дознания. Он вправе поручать им проведение следственных действий, а также давать указания о проведении оперативно-розыскных мероприятий (п. 11 ч. 2 ст. 37). Указания прокурора обязательны для дознавателя, причем их исполнение не приостанавливается обжалованием вышестоящему прокурору (ч. 4 ст. 41 УПК).

СТАТЬЯ 38
СЛЕДОВАТЕЛЬ

1. Следователь является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять предварительное следствие по уголовному делу.

2. Следователь уполномочен:

1) возбуждать уголовное дело в порядке, установленном настоящим Кодексом;

2) принимать уголовное дело к своему производству или направлять его прокурору для направления по подследственности;

3) самостоятельно направлять ход расследования, принимать решения о производстве следственных и иных процессуальных действий, за исключением слу-

чаев, когда в соответствии с настоящим Кодексом требуется получение судебного решения и (или) санкции прокурора;

4) давать органу дознания в случаях и порядке, установленных настоящим Кодексом, обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также получать содействие при их осуществлении;

5) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом.

3. В случае несогласия с действиями (бездействием) и решениями прокурора следователь вправе представить уголовное дело вышестоящему прокурору с письменным изложением своих возражений. Их обжалование прокурору не приостанавливает их исполнения, за исключением случаев несогласия со следующими решениями или указаниями прокурора:

1) о привлечении лица в качестве обвиняемого;

2) о квалификации преступления;

3) об объеме обвинения;

4) об избрании меры пресечения либо отмене или изменении меры пресечения, избранной следователем в отношении подозреваемого или обвиняемого;

5) об отказе в даче согласия на возбуждение перед судом ходатайства об избрании меры пресечения или о производстве иных процессуальных действий, предусмотренных пунктами 2—11 части второй статьи 29 настоящего Кодекса;

6) о направлении уголовного дела в суд или его прекращении;

7) об отводе следователя или отстранении его от дальнейшего ведения следствия;

8) о передаче уголовного дела другому следователю.

1. Говоря о субъектах производства предварительного следствия, российский законодатель использует два разных термина: «органы предварительного следствия» (ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 37 и др. УПК) и «следователь». Но если понятие органа предварительного следствия в законе только упоминается, но прямо не раскрывается, то следователь определяется как *должностное лицо*, уполномоченное в пределах своей компетенции, осуществлять предварительное следствие по уголовному делу (п. 41 ст. 5, ч. 1 ст. 38 УПК). В отличие от УПК РСФСР (ст. 125), УПК РФ не именует следователя *органом предварительного расследования*, называя его просто *должностным лицом*. Это значит, что полномочия следователя ограничены в пользу органа предварительного расследования, которым может считаться в целом следственное подразделение (отдел), представляемое его начальником.

2. Основные права и обязанности, образующие процессуальный статус следователя, таковы:

— принимать и проверять сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении (ст. 144);

— возбуждать с согласия прокурора уголовное дело (п. 1 ч. 2 ст. 38, ч. 1 ст. 146);

— отказывать в возбуждении уголовного дела (ст. 148);

— принимать уголовное дело к своему производству или направлять его другому следователю или дознавателю в соответствии с правилами подследственности (п. 2

ч. 2 ст. 38). В ст. 149 УПК, где речь идет о направлении уголовного дела после его возбуждения, прямо не говорится о вынесении следователем специального решения *о принятии дела к своему производству*, однако официальный бланк соответствующего постановления (приложение 15 к ст. 476 УПК) предусматривает фиксацию такого решения;

— заявлять самоотвод при наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по делу (ст. 62);

— самостоятельно направлять ход расследования**.** Закон не дает прямого ответа на вопрос, что понимать под *направлением хода расследования*, или *направлением расследования.* На наш взгляд, направление хода расследования — это: 1) выдвижение следователем версий, т.е. подлежащих следственной и оперативно-розыскной проверке предположений, касающихся, прежде всего, события преступления, лиц, виновных в его совершении, форм их вины и мотивов действий, а также других фактических обстоятельств дела; 2) определение вопросов и обстоятельств, которые необходимо выяснить по каждой версии, эпизоду или по делу в целом; 3) определение источников доказательственной информации, подлежащих исследованию. Другими словами, определение следователем направления расследования практически совпадает с определением им предмета расследования, исходя из интересов всестороннего и полного выяснения обстоятельств дела, и является основой для составления плана следствия.

Самостоятельность следователя при направлении хода расследования не абсолютна, она ограничена правом прокурора (п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК) и начальника следственного отдела давать следователю обязательные указания, в частности, и по данному вопросу, причем обжалование этих указаний прокурору (или вышестоящему прокурору) не приостанавливает их исполнения следователем (п. 2 ч. 3, ч. 4 ст. 39 УПК). Поэтому можно говорить не столько о самостоятельности следователя, сколько органа предварительного следствия.

Понятие «направление хода расследования» следует отличать от понятия «направление уголовного дела». Направление дела — это определение дальнейшей процессуальной судьбы дела, т.е. принятие решений, определяющих его движение: направление прокурором дела следователю или органу дознания для производства расследования, принятие уголовного дела следователем или дознавателем к своему производству, направление органом дознания уголовного дела прокурору после производства неотложных следственных действий (ст. 149 УПК), направление дела по подследственности или подсудности, привлечение лица в качестве обвиняемого, приостановление и возобновление предварительного расследования, прекращение, выделение дел, направление дела прокурору и в суд, его возвращение прокурором для производства дополнительного расследования, передача из одной судебной стадии в другую. Понятие направления дела шире, чем понятие направления расследования, оно касается не только деятельности следователя, но и всех других органов и должностных лиц, ведущих процесс. Направление дела, в отличие от направления расследования, происходит не по усмотрению этих субъектов, но в силу УПК РФ;

— принимать решения о производстве следственных и иных процессуальных действий, за исключением случаев, когда в соответствии с законом требуется получение судебного решения или санкции прокурора (п. 3 ч. 2 ст. 38);

— возбуждать перед судом с согласия прокурора ходатайство об избрании меры пресечения или о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения (ст. 165);

— задерживать лицо по подозрению в совершении преступления (ст. 91);

— в пределах своих полномочий избирать обвиняемому или подозреваемому меру пресечения (ст. 97);

— принимать меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества, меры к неразглашению данных предварительного расследования (ст. 160, 161);

— составлять протокол о неисполнении участниками производства по делу своих процессуальных обязанностей и направлять его в суд для наложения на нарушителя денежного взыскания (ст. 118);

— давать органу дознания обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий (что является новацией по сравнению с УПК РСФСР), розыске обвиняемого, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также получать содействие при их осуществлении (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 7 ст. 164, 210).

Полномочия следователя в отношении поручений органу дознания в том виде, в котором они сформулированы в п. 4 ч. 2 ст. 38, являются даже более широкими, чем аналогичные полномочия прокурора. Так, согласно п. 11 ч. 2 ст. 37 УПК прокурор вправе давать органу дознания указания о проведении оперативно-розыскных мероприятий, а из числа процессуальных актов поручать ему проведение одних лишь следственных действий. В то же время следователь, по буквальному смыслу п. 4 ч. 2 ст. 38, может поручать органу дознания производство не только следственных, но и *иных процессуальных действий*. Об этом см. комм. к ч. 1 ст. 152*;*

— самостоятельно принимать решения о выделении из уголовного дела в отдельное производство другого уголовного дела (ст. 154), а также материалов, содержащих сведения о новом преступлении, не связанном с расследуемым (ст. 155). Данная норма является новацией, поскольку, по УПК РСФСР допускалось, во-первых, выделение лишь уголовных дел, а не материалов; во-вторых — только по указанию прокурора (ст. 26). Напротив, соединение уголовных дел теперь возможно только на основании постановления прокурора (ст. 153);

— рассматривать ходатайства участников предварительного следствия с вынесением постановления в случае отказа (ст. 159);

— привлекать лицо в качестве обвиняемого и предъявлять ему обвинение в порядке, предусмотренном гл. 23;

— приостанавливать и возобновлять предварительное следствие (гл. 28);

— прекращать уголовное дело по основаниям ст. 24—28;

— оканчивать предварительное следствие и направлять уголовное дело с обвинительным заключением прокурору в порядке, предусмотренном гл. 30;

— вносить запрос о производстве компетентным органом или должностным лицом иностранного государства процессуальных действий на территории иностранного государства в соответствии с международным договором РФ, международным соглашением или на основе принципа взаимности (ч. 1 ст. 453).

3. При уголовно-процессуальном производстве в отношении следователя применяется особый порядок возбуждения уголовного дела или привлечения в качестве обвиняемого (ст. 448).

СТАТЬЯ 39
НАЧАЛЬНИК СЛЕДСТВЕННОГО ОТДЕЛА

1. Начальник следственного отдела уполномочен:

1) поручать производство предварительного следствия следователю либо нескольким следователям, а также изымать уголовное дело у следователя и передавать его другому следователю с обязательным указанием оснований такой передачи, создавать следственную группу, изменять ее состав;

2) отменять необоснованные постановления следователя о приостановлении предварительного следствия;

3) вносить прокурору ходатайство об отмене иных незаконных или необоснованных постановлений следователя.

2. Начальник следственного отдела вправе возбудить уголовное дело в порядке, установленном настоящим Кодексом, принять уголовное дело к своему производству и произвести предварительное следствие в полном объеме, обладая при этом полномочиями следователя и (или) руководителя следственной группы, предусмотренными соответственно статьями 38 и 163 настоящего Кодекса.

3. При осуществлении полномочий, предусмотренных настоящей статьей, начальник следственного отдела вправе:

1) проверять материалы уголовного дела;

2) давать следователю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, привлечении лица в качестве обвиняемого, об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения.

4. Указания начальника следственного отдела по уголовному делу даются в письменном виде и обязательны для исполнения следователем, но могут быть обжалованы им прокурору. Обжалование указаний не приостанавливает их исполнения, за исключением случаев, когда указания касаются изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю, привлечения лица в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объема обвинения, избрания меры пресечения, а также производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению. При этом следователь вправе представить прокурору материалы уголовного дела и письменные возражения на указания начальника следственного отдела.

1. Начальник следственного отдела — это должностное лицо, возглавляющее соответствующее следственное подразделение, а также его заместители (п. 18 ст. 5 УПК). В качестве следственных подразделений прокуратуры выступают: следственное управление Генеральной прокуратуры РФ, следственные отделы и следственные части, созданные в нижестоящих прокуратурах, кроме ее низшего звена. Однако вместо начальника следственного отдела в органах прокуратуры действует прокурор, осуществляющий надзор за исполнением законов органами дознания и предварительного

следствия. В ОВД следственными подразделениями являются: Следственный комитет МВД РФ и его структурные подразделения на местах — следственные управления Следственного комитета по расследованию организованной преступной деятельности по федеральным округам, главные следственные управления (управления, отделы) при МВД или при главных управлениях (управлениях) внутренних дел субъектов РФ, следственные управления (отделы) при управлениях внутренних дел на железнодорожном, водном и воздушном транспорте, на особо важных и режимных объектах, а также следственные управления, отделы, отделения и группы при ОВД в районах, городах, округах, районах в городах, в закрытых административно-территориальных образованиях, при линейных ОВД на железнодорожном, водном и воздушном транспорте.

Следственные управления, отделы и т.д. имеются также в органах ФСБ, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Концепция судебной реформы в РФ (1991 г.) предусматривает выделение органов предварительного следствия в самостоятельную централизованную федеральную структуру — «следственный комитет как службу обвинительной власти». В развитие этой установки в последнее время активно обсуждается вопрос о создании единого независимого следственного органа — Федеральной службы расследований (ФСР).

Таким образом, наряду с надзором прокурора за деятельностью следователей дополнительно установлен и ведомственный контроль. Основанием этого контроля первоначально явились не надзорные, как у прокурора, а организационно-управленческие отношения начальников следственных отделов с подчиненными им в служебном отношении следователями. Начальник следственного отдела призван обеспечивать организационно-методическое руководство деятельностью подчиненных следователей; контролировать своевременность их действий по раскрытию и предупреждению преступлений, принимать меры к наиболее полному, всестороннему и объективному производству предварительного следствия, а также организовывать расследование по наиболее сложным уголовным делам. В то же время начальник следственного отдела имеет и значительные процессуальные полномочия. Они разделены на три группы.

Первая из них внешне имеет характер его основных процессуальных *задач* (ч. 1 ст. 39 УПК РФ):

— поручать производство предварительного следствия следователю либо нескольким следователям;

— изымать уголовное дело у следователя и передавать его другому следователю данного следственного отдела с обязательным указанием оснований такой передачи;

— создавать следственную группу и изменять ее состав;

— отменять необоснованные постановления следователя о приостановлении предварительного следствия;

— вносить прокурору ходатайство об отмене иных незаконных или необоснованных постановлений следователя.

Полномочия второй группы даны начальнику следственного отдела для выполнения названных задач. Согласно ч. 3 комм. статьи, при осуществлении названных выше полномочий (и только в этих случаях) начальник следственного отдела вправе:

— проверять материалы уголовного дела;

— давать следователю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, привлечении лица в качестве обвиняемого, об из-

брании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения.

Кроме того, начальник следственного отдела вправе по ходатайству следователя продлевать до 10 суток 3-дневный срок доследственной проверки сообщения о любом совершенном или готовящемся преступлении (ч. 3 ст. 144).

Третья группа полномочий связана с правоспособностью начальника следственного отдела как следователя. Он может возбудить уголовное дело, принять его к своему производству и произвести предварительное следствие в полном объеме, обладая при этом полномочиями следователя или руководителя следственной группы (ч. 2 ст. 39).

Как видим, контрольные полномочия начальника следственного отдела по УПК РФ связаны довольно узкими рамками. Во-первых, возможность их использования увязана лишь с начальным моментом возбуждения дела и поручения производства по нему следователю либо необходимостью реагирования на незаконные и необоснованные следственные постановления. Таким образом, полномочия начальника следственного отдела стали напоминать надзорные, отдаляясь от своего прежнего, сугубо контрольного значения, поскольку такой контроль был ранее связан с возможностью *в любой момент* расследования корректировать действия следователя, причем с точки зрения не только законности, но и целесообразности. Во-вторых, в законе более не упоминается о праве начальника следственного отдела участвовать в производстве предварительного следствия, принятого к производству следователем — подобные права остались только у прокурора. Все это указывает на стремление законодателя усилить процессуальную самостоятельность следователя, избавив его от мелочной опеки следственного начальства по любому поводу.

Однако в пределах этой разрешенной сферы деятельности прерогативы начальника следственного отдела усилились, сделавшись более жесткими. Все указания начальника следственного отдела, данные в пределах его компетенции, обязательны для исполнения следователем. Исключения составляют лишь случаи, когда указания касаются: изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю, привлечения лица в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объема обвинения, избрания меры пресечения, а также производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению (ч. 4 комм. статьи). Здесь следователь может приостановить исполнение неправильных с его точки зрения указаний, обжаловав их прокурору. Все прочие указания начальника следственного отдела, данные им в письменной форме, должны немедленно исполняться следователем, хотя также могут быть обжалованы прокурору.

2. В УПК РСФСР содержалось прямое предписание о том, что указания прокурора по уголовным делам обязательны не только для следователя, но и для начальника следственного отдела (ч. 5 ст. 127^1). В УПК РФ эта норма отсутствует. Значит ли это, что прокурор не вправе давать указания по делу начальнику следственного подразделения? Представляется, что прокурор, действительно, больше не имеет такого права, и его указания должны быть адресованы *напрямую следователю* (ч. 3 ст. 37). Вместе с тем в законе сказано, что следователь вправе представить, в частности, прокурору письменные возражения на указания начальника следственного отдела (ч. 4 комм. статьи). Это право имеет смысл только в том случае, если прокурор имеет возможность реагировать на незаконные указания начальника следственного отдела.

3. Может возникнуть вопрос, как совместить право начальника следственного отдела поручить производство предварительного следствия нескольким следователям (п. 1 ч. 1 ст. 39) и право прокурора принимать решение о производстве предварительного следствия следственной группой по ходатайству начальника следственного отдела (ч. 2 ст. 163)? Следует иметь в виду, что если начальник следственного отдела намерен поручить производство расследования следственной группе, он должен представить соответствующее ходатайство прокурору, который принимает окончательное решение. Если решение о создании следственной группы принимается начальником следственного отдела вместе с вынесением им постановления о возбуждении уголовного дела, то он может указать в этом постановлении всех следователей, включаемых в данную группу. Дача прокурором согласия на возбуждение уголовного дела означает в этом случае одновременно и одобрение им процессуального решения о создании следственной группы, и специального постановления прокурора об этом тогда не требуется.

СТАТЬЯ 40
ОРГАН ДОЗНАНИЯ

1. К органам дознания относятся:

1) органы внутренних дел Российской Федерации, а также иные органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности;

2) Главный судебный пристав Российской Федерации, главный военный судебный пристав, главный судебный пристав субъекта Российской Федерации, их заместители, старший судебный пристав, старший военный судебный пристав, а также старшие судебные приставы Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации;

3) командиры воинских частей, соединений, начальники военных учреждений или гарнизонов;

4) органы государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы *(в ред. ФЗ от 03.07.2006 № 97-ФЗ)***.**

2. На органы дознания возлагаются:

1) дознание по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия необязательно, — в порядке, установленном главой 32 настоящего Кодекса;

2) выполнение неотложных следственных действий по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия обязательно, — в порядке, установленном статьей 157 настоящего Кодекса.

3. Возбуждение уголовного дела в порядке, установленном статьей 146 настоящего Кодекса, и выполнение неотложных следственных действий возлагаются также на:

1) капитанов морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных на данных судах;

2) руководителей геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, указанных в части первой настоящей статьи, —

по уголовным делам о преступлениях, совершенных по месту нахождения данных партий и зимовок;

3) глав дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации — по уголовным делам о преступлениях, совершенных в пределах территорий данных представительств и учреждений.

1. Согласно п. 24 ст. 5 УПК органы дознания — это государственные органы и должностные лица, уполномоченные в соответствии с УПК РФ осуществлять дознание и другие процессуальные полномочия. Полномочия органов дознания принадлежат субъектам, которых можно разделить на две группы:

а) органы исполнительной власти, наделенные в соответствии с ФЗ полномочиями по осуществлению *оперативно-розыскной деятельности* (п. 1 ч. 1 ст. 40);

б) должностные лица — руководители определенных *государственных органов и формирований* (Главный судебный пристав РФ, главный военный судебный пристав, главный судебный пристав субъекта РФ, их заместители, старший судебный пристав, старший военный судебный пристав, а также старшие судебные приставы Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, командиры воинских частей, соединений и гарнизонов, руководители органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы); *государственных учреждений* (начальники военных учреждений, главы дипломатических представительств и консульских учреждений РФ), а также некоторых других *государственных и негосударственных формирований* (капитаны морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководители геологоразведочных партий и зимовок).

Полномочиями по осуществлению ОРД обладают оперативные подразделения:

— ОВД РФ;

— органов ФСБ[1];

— федеральных органов государственной охраны[2];

— таможенных органов РФ;

— федеральной службы исполнения наказаний[3];

— органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ;

— органа внешней разведки Министерства обороны РФ, которые проводят оперативно-розыскные мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанного органа внешней разведки и в случае, если проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий других названных органов[4].

— Министерства юстиции РФ.

2. Из содержания ст. 2 Положения о МВД РФ можно заключить, что в систему ОВД входят: министерства внутренних дел республик, главные управления, управления и отделы внутренних дел краев, областей, городов федерального значения, авто-

---

[1] См. ФЗ от 03.04.95 г. «О Федеральной службе безопасности».

[2] См. ФЗ от 27.05.96 г. «О государственной охране».

[3] См. Указ Президента РФ от 13.10.2004 г. № 1314 «Вопросы Федеральной службы исполнения наказаний», утвердивший Положение о Федеральной службе исполнения наказаний / РГ. 19.10.2004 г.

[4] См. ФЗ от 10.01.96 г. «О внешней разведке».

номной области, автономных округов, районов, городов, районов в городах, закрытых административно-территориальных образований, управления (линейные: управления, отделы, отделения) внутренних дел на железнодорожном, воздушном и водном транспорте, управления (отделы) на особо важных и режимных объектах, территориальные органы управления учреждениями с особыми условиями хозяйственной деятельности, а также окружные управления материально-технического и военного снабжения, образовательные, научно-исследовательские учреждения и иные подразделения, предприятия, учреждения и организации, созданные для осуществления задач, возложенных на ОВД и внутренние войска. Однако не все из них обладают правом на проведение ОРД, но только те, которые имеют в своем составе оперативно-розыскные подразделения. Названные окружные управления материально-технического и военного снабжения, образовательные, научно-исследовательские учреждения, иные подразделения, предприятия, учреждения и организации МВД не могут быть органами дознания.

3. Основную часть функций органов дознания в системе ОВД выполняет милиция. В своей деятельности милиция подчиняется МВД РФ, а милиция общественной безопасности — также соответствующим органам исполнительной власти субъектов РФ (ст. 7 Закона РФ «О милиции»). Руководство милицией осуществляют соответствующие начальники ОВД. Милиция включает в свой состав *криминальную милицию* и *милицию общественной безопасности*.

Основными задачами криминальной милиции являются выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, по делам о которых производство предварительного следствия обязательно, организация и осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения уголовного наказания, без вести пропавших и иных лиц в случаях, предусмотренных законодательством РФ. Структура криминальной милиции и Положение о создании, реорганизации и ликвидации подразделений криминальной милиции утверждены постановлением Правительства РФ от 07.12.2000 г. № 925. Начальники криминальной милиции являются по должности заместителями начальников соответствующих ОВД. При наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, криминальная милиция в порядке, установленном ст. 146 УПК, возбуждает уголовное дело и производит *неотложные следственные действия*. Криминальная милиция оказывает содействие милиции общественной безопасности в исполнении возложенных на нее обязанностей.

Основными задачами милиции общественной безопасности являются обеспечение безопасности личности, общественной безопасности, охрана собственности, общественного порядка, выявление, предупреждение и пресечение преступлений и административных правонарушений, раскрытие преступлений, по делам о которых производство предварительного следствия не обязательно, розыск отдельных категорий лиц, установление места нахождения которых отнесено к компетенции милиции общественной безопасности. Начальники милиции общественной безопасности являются по должности заместителями начальников ОВД соответствующих уровней (ст. 9 Закона «О милиции»). Положение о милиции общественной безопасности (местной милиции) в РФ утверждено Указом Президента РФ от 12.02.93 г. № 209. В состав милиции общественной безопасности входят: отделы (отделения, группы) дознания, состоящие из дознавателей и начальников этих подразделений. Последние обеспечи-

вают организационное руководство дознавателями и одновременно являются заместителями начальника милиции общественной безопасности[1].

4. К органам Федеральной службы безопасности (ФСБ) относятся: Федеральная служба безопасности РФ, территориальные органы безопасности — управления (отделы) ФСБ по отдельным регионам и субъектам РФ и органы безопасности в войсках — управления (отделы) Федеральной службы безопасности РФ в Вооруженных Силах РФ, войсках и иных воинских формированиях, а также в их органах управления (ст. 2 ФЗ от 03.04.95 г. «О Федеральной службе безопасности»). В состав Федеральной службы безопасности входят и пограничные органы федеральной службы безопасности — управления (отряды, отделы) ФСБ РФ по пограничной службе, также наделенные полномочиями органов дознания.

5. К таможенным органам относятся: Государственный таможенный комитет РФ, региональные таможенные управления РФ, таможни РФ, таможенные посты. В таможенных органах дознание непосредственно осуществляется сотрудниками отделов дознания таможен, оперативных таможен и региональных таможенных управлений (дознавателями), уполномоченными на это соответствующими приказами начальников таможенных органов как органов дознания. Наряду с отделами дознания в системе таможенных органов имеются подразделения, ответственные за проведение оперативно-розыскных и оперативно-поисковых мероприятий по выявлению и пресечению таможенных правонарушений. Это отделы (группы) по борьбе с контрабандой наркотиков, по борьбе с таможенными правонарушениями, собственной безопасности. Они работают в тесном контакте с отделом дознания. Все выносимые дознавателем постановления утверждаются начальником соответствующего таможенного органа или лицом, его замещающим. Начальники таможенных органов несут ответственность (наряду с дознавателем) за обоснованность возбуждения уголовного дела, своевременность и законность задержания подозреваемого, а также за качество проведенных следственных действий.

6. В Министерстве юстиции полномочия органов дознания осуществляют сотрудники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы.

7. Орган внешней разведки Министерства обороны РФ (служба внешней разведки РФ) проводит оперативно-розыскные мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанных органов внешней разведки и в случае, если проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий вышеперечисленных органов (ст. 13 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»).

8. На органы дознания, согласно УПК, возлагаются следующие обязанности:

— рассматривать и разрешать заявления (сообщения) о преступлениях (ст. 144—145);

— производить неотложные следственные действия (п. 1, 2 ст. 157);

— производить следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ) по поручению следователя (ч. 4 ст. 157);

— в случае направления прокурору уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, принимать розыскные и ОРМ для установления лица, совершившего преступление, уведомляя следователя об их результатах (ч. 4 ст. 157);

---

[1] О подразделениях милиции общественной безопасности см. постановление Правительства РФ от 07.12.2000 г. № 926.

— выполнять поручения прокурора о производстве следственных действий, его указания о проведении ОРМ (п. 11 ч. 2 ст. 37), а также письменные поручения следователя о проведении ОРМ, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также оказывать следователю содействие при их осуществлении (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 7 ст. 164);

— производить дознание (гл. 32).

9. Расследование в *форме дознания* производят дознаватели ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, пограничных органов, службы судебных приставов, таможенных органов, дознаватели органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы. В соответствии с ч. 3 ст. 151 УПК именно эти органы наделяются правом производства расследования в форме дознания, которое заканчивается составлением обвинительного акта, утверждаемого начальником органа дознания. Правом *возбуждения уголовных дел и производства неотложных следственных действий* по делам, отнесенным к их подследственности, обладают ОВД, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органы ФСБ; таможенные органы, командиры воинских частей и соединений, начальники военных учреждений и гарнизонов; начальники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, другие должностные лица, которые на основании ст. 40 имеют полномочия органов дознания (капитаны морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных на данных судах; руководители геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, указанных в ч. 1, — по уголовным делам о преступлениях, совершенных по месту нахождения данных партий и зимовок; главы дипломатических представительств и консульских учреждений РФ — по уголовным делам о преступлениях, совершенных в пределах территорий данных представительств и учреждений).

Вместе с тем следует сказать, что вопрос о полномочиях органов дознания еще не нашел достаточного разрешения ни в теории, ни в нормативном регулировании. В то время как права и обязанности отдельных органов дознания достаточно четко определены законом, положениями и ведомственными инструкциями, вопрос о полномочиях ряда других органов дознания остается нерешенным — либо ввиду сохранения существенных пробелов в правовом регулировании их статуса (так, в нормативных актах о федеральных органах государственной охраны, органе внешней разведки Министерства обороны РФ среди их полномочий вообще не упоминается проведение дознания), либо также потому, что положения УПК, регулирующие порядок производства дознания, ipso facto могут относиться к ним лишь частично (начальники зимовок, геологоразведочных партий).

СТАТЬЯ 41
ДОЗНАВАТЕЛЬ

1. Полномочия органа дознания, предусмотренные пунктом 1 части второй статьи 40 настоящего Кодекса, возлагаются на дознавателя начальником органа дознания или его заместителем.

2. Не допускается возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия.

3. Дознаватель уполномочен:

1) самостоятельно производить следственные и иные процессуальные действия и принимать процессуальные решения, за исключением случаев, когда в соответствии с настоящим Кодексом на это требуются согласие начальника органа дознания, санкция прокурора и (или) судебное решение;

2) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом.

4. Указания прокурора и начальника органа дознания, данные в соответствии с настоящим Кодексом, обязательны для дознавателя. При этом дознаватель вправе обжаловать указания начальника органа дознания прокурору, а указания прокурора — вышестоящему прокурору. Обжалование данных указаний не приостанавливает их исполнения.

1. Термин «дознаватель» впервые введен в уголовно-процессуальное право новым УПК РФ. Ранее он встречался лишь в ведомственных нормативных актах, например, в Примерном положении об отделе (отделении, группе) дознания милиции общественной безопасности (местной милиции) горрайлинорган внутренних дел, ОВД на закрытом административно-территориальном образовании, режимном и особо важном объекте УРО (8 ГУ) МВД России, утв. приказом МВД РФ от 12.08.98 г. № 493. Согласно положениям нового УПК (п. 7—8 ст. 5, ст. 41) дознаватель — должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания осуществлять предварительное расследование в форме дознания, а также иные полномочия, предусмотренные Кодексом.

В качестве дознавателя может выступать не только «штатный» дознаватель, но и иное должностное лицо органа дознания, которому дано соответствующее поручение начальником органа дознания или его заместителем. Например, таким должностным лицом является участковый уполномоченный милиции[1].

2. По своим полномочиям дознаватель очень близок к следователю. Основное отличие состоит в том, что дознаватель менее процессуально самостоятелен, чем следователь, поскольку все указания прокурора и начальника органа дознания, данные в установленном законом порядке, для него обязательны, а их обжалование не приостанавливает исполнения (ч. 4 ст. 41 УПК). Вместе с тем дознаватель вправе:

— возбуждать с согласия прокурора уголовное дело, относящееся к подследственности органов дознания;

— отказывать в возбуждении уголовного дела;

— передавать сообщения по подследственности, а по уголовным делам частного обвинения — в суд (ст. 145);

— самостоятельно производить следственные и иные процессуальные действия и принимать процессуальные решения, за исключением случаев, когда на это требуются согласие начальника органа дознания, санкция прокурора и (или) судебное решение; осуществлять иные полномочия, предусмотренные УПК РФ (ч. 3 ст. 41).

3. Единственным процессуальным действием, которое в соответствии с текстом УПК требуется получение дознавателем согласия начальника органа дознания, является проведение им проверки сообщения о совершенном или готовящемся преступ-

---

[1] См. п. 10.1 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900// РГ. 27.11.2002.

лении в срок до 10 суток, вместо обычных трех (ч. 3 ст. 144). Необходимо, однако, учитывать, что это касается лишь сотрудников тех органов, учреждений и формирований, которые *в целом* являются органами дознания. В тех же случаях, когда полномочия органа дознания принадлежат не всему органу, учреждению или формированию, а лишь его руководителю (главному и старшему судебному приставу, командиру воинской части, соединения и т.д.), процессуальные полномочия органа дознания делегируются им своим подчиненным. При этом такой руководитель (орган дознания) вправе требовать от дознавателя согласования любых предстоящих действий и утверждения любых процессуальных актов — в зависимости от того объема своих полномочий, которые он возложил на данного сотрудника.

Санкция (разрешение, согласие) прокурора требуется дознавателю: на возбуждение уголовного дела, на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иных процессуальных действий, которые допускаются на основании судебного решения (п. 4, 5 ч. 2 ст. 37), на продление срока дознания (ч. 2 ст. 223). Прокурор также утверждает постановление дознавателя о прекращении уголовного дела и обвинительный акт (п. 13, 14 ч. 2 ст. 37).

Дознавателю необходимо получать судебное решение: об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста; о продлении срока содержания под стражей; о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц; о производстве обыска и (или) выемки в жилище; о производстве личного обыска, за исключением случаев, предусмотренных ст. 93 УПК; производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях; о наложении ареста на корреспонденцию и выемке ее в учреждениях связи; о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях; о временном отстранении обвиняемого от должности в соответствии со ст. 114 УПК; о контроле и записи телефонных и иных переговоров (ч. 2 ст. 29).

4. В ч. 2 ст. 41 установлен запрет на возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия. Он касается лишь тех работников органа дознания, на которых возложены обязанности по производству предварительного расследования в порядке, установленном гл. 32 УПК, и не распространяется на сотрудников органов дознания при проведении неотложных следственных действий согласно положениям ст. 157 УПК.

СТАТЬЯ 42
ПОТЕРПЕВШИЙ

1. Потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя, прокурора или суда.

2. Потерпевший вправе:

1) знать о предъявленном обвиняемому обвинении;

2) давать показания;

3) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса. При согласии потерпевшего дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний;

4) представлять доказательства;

5) заявлять ходатайства и отводы;

6) давать показания на родном языке или языке, которым он владеет;

7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

8) иметь представителя;

9) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя;

10) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания;

11) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта в случаях, предусмотренных частью второй статьи 198 настоящего Кодекса;

12) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме, снимать копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств. В случае, если в уголовном деле участвует несколько потерпевших, каждый из них вправе знакомиться с теми материалами уголовного дела, которые касаются вреда, причиненного данному потерпевшему;

13) получать копии постановлений о возбуждении уголовного дела, признании его потерпевшим или об отказе в этом, о прекращении уголовного дела, приостановлении производства по уголовному делу, а также копии приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций;

14) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций;

15) выступать в судебных прениях;

16) поддерживать обвинение;

17) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

18) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда;

19) обжаловать приговор, определение, постановление суда;

20) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения;

21) ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с частью третьей статьи 11 настоящего Кодекса;

22) осуществлять иные полномочия, предусмотренные настоящим Кодексом.

3. Потерпевшему обеспечивается возмещение имущественного вреда, причиненного преступлением, а также расходов, понесенных в связи с его участием

в ходе предварительного расследования и в суде, включая расходы на представителя, согласно требованиям статьи 131 настоящего Кодекса.

4. По иску потерпевшего о возмещении в денежном выражении причиненного ему морального вреда размер возмещения определяется судом при рассмотрении уголовного дела или в порядке гражданского судопроизводства.

5. Потерпевший не вправе:

1) уклоняться от явки по вызову дознавателя, следователя, прокурора и в суд;

2) давать заведомо ложные показания или отказываться от дачи показаний;

3) разглашать данные предварительного расследования, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса.

6. При неявке потерпевшего по вызову без уважительных причин он может быть подвергнут приводу.

7. За отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний потерпевший несет ответственность в соответствии со статьями 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации. За разглашение данных предварительного расследования потерпевший несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

8. По уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть лица, права потерпевшего, предусмотренные настоящей статьей, переходят к одному из его близких родственников.

9. В случае признания потерпевшим юридического лица его права осуществляет представитель.

10. Участие в уголовном деле законного представителя и представителя потерпевшего не лишает его прав, предусмотренных настоящей статьей.

1. Потерпевший — это лицо, признанное таковым постановлением дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определением суда. В ч. 1 ст. 42 говорится лишь о *постановлении суда*, однако согласно смыслу понятия «постановление», придаваемого ему п. 25 ст. 5, речь идет именно о постановлении судьи, вынесенного единолично. Представляется, однако, что суд, действующий в коллегиальном составе, также вправе признать лицо потерпевшим, если данные об этом обнаружатся в судебном разбирательстве. Основанием признания лица потерпевшим служат достаточные доказательства полагать, что данному лицу причинен вред деяниями, по поводу которых возбуждено уголовное дело. В ч. 1 комм. статьи сказано о причинении потерпевшему вреда лишь *преступлением*. Тем не менее, потерпевшим лицо признается и при производстве о применении принудительных мер медицинского характера, которое может вестись не только по поводу преступлений, но и в отношении деяний, совершенных невменяемыми лицами (ч. 1 ст. 433). Кроме того, буквальное толкование термина «преступление» означало бы, что потерпевший может появиться в процессе не ранее постановления обвинительного приговора, однако это не так. Следовательно, на момент признания лица потерпевшим причинение ему вреда может быть установлено не только с достоверностью, но и с вероятностью, но в любом случае это решение должно основываться на конкретных доказательствах, а не просто предположениях. При наличии оснований лицо может быть признано потерпевшим по делам не только об оконченных преступлениях, но и по делам о приготовлении к преступлению или покушении на совершение преступления.

2. Судебная практика до введения в действие нового УПК исходила из того, что вред потерпевшему должен быть причинен преступлением *непосредственно*. Однако УПК РФ упоминает о непосредственном причинении вреда преступлением только в отношении гражданского истца (ст. 44). При буквальном толковании рассматриваемого положения получается, что потерпевшими можно признать всех лиц, которые потерпели имущественный вред даже ввиду отдаленных последствий преступления (например, предпринимателей, которые понесли убытки вследствие временного закрытия аэропорта, подвергшемуся нападению террористов), что вряд ли оправданно.

3. Потерпевшим от уголовного преступления могут быть как физическое, так и юридическое лицо. Физическому лицу может быть причинен как имущественный и моральный, так и физический вред, юридическому — только имущественный. Под моральным вредом понимаются нравственные и физические страдания, причиненные деяниями, посягающими на личные неимущественные права или другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину, а в случаях, специально предусмотренных законом, — и нарушающими имущественные права гражданина. Юридическое лицо не может испытывать ни нравственных, ни физических страданий, поскольку оно — организация (ст. 48 *ГК*). Деловая репутация юридического лица, которая может пострадать от действий обвиняемого или подозреваемого, подлежит защите на основании ст. 152 *ГК*. Вред деловой репутации может быть причинен не только такими преступлениями, как клевета и оскорбление, но и рядом других (нарушение авторских и смежных прав, нарушение изобретательских или патентных прав, заведомо ложная реклама, незаконное использование товарного знака, злоупотребление полномочиями лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации и др.).

Физический вред заключается в расстройстве здоровья, причинении телесных повреждений, физических страданий. Имущественный вред состоит в причинении потерпевшему убытков, названных в ст. 15 *ГК*. На основании ст. 1064 *ГК* такой вред подлежит возмещению в полном объеме.

4. В случае признания потерпевшим юридического лица его права осуществляются представителем (ч. 9 ст. 42). Очевидно, что не только права, но и обязанности потерпевшего в этом случае реализуются его представителем, поскольку лицо, которое законно выступает от имени юридического лица, обязано действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно (ч. 3 ст. 53 *ГК*). В качестве представителя юридического лица — потерпевшего может выступать руководитель (орган) этого юридического лица, который представляет его в силу закона или учредительных документов, либо лицо, действующее в силу специального уполномочия (доверенности). При этом на практике иногда возникает вопрос, как поступить, если руководитель (орган) юридического лица по каким-либо причинам не назначил представителя для участия в деле? Кто в этом случае может быть привлечен к уголовной ответственности при отказе потерпевшего от дачи показаний или за дачу им заведомо ложных показаний (ч. 7 ст. 42 УПК, ст. 307, 308 *УК*) и кого следует подвергать принудительному приводу в случае неявки потерпевшего без уважительных причин (ч. 6 ст. 42 УПК)? На наш взгляд, в подобных случаях представителем потерпевшего должен признаваться сам руководитель юридического лица. Если же руководящий орган юридического лица коллегиальный (правление, дирекция и т.д.), то потерпевшим должен быть признан один из членов данного коллегиального органа.

Законодательство не предусматривает участия публично-правовых образований в уголовно-процессуальных отношениях, в т.ч. в качестве потерпевших и гражданских истцов. В случаях причинения ущерба преступлением государству либо муниципальному образованию ущерб причиняется именно публично-правовому субъекту, поэтому ни Российская Федерация, ни ее субъекты, ни муниципальные образования не могут быть признаны потерпевшими по уголовным делам, в т.ч. через представителя в лице Министерства финансов РФ или его территориального органа, хотя бы и выступающих в качестве юридических лиц. Лишь прокурор уполномочен законом на предъявление гражданского иска в интересах государства (ч. 3 ст. 44 УПК)[1].

5. Если вред причинен пострадавшему, совершение преступления против которого было спровоцировано его собственными действиями (нападением — по делам о превышении обвиняемым пределов необходимой обороны, просьбой о производстве незаконного аборта, добровольным согласием на причинение вреда, действиями, вызвавшими совершение обвиняемым преступления в состоянии аффекта, и т.п.), он, тем не менее, должен быть признан потерпевшим, ибо закон не связывает лишение потерпевшего прав с неправомерностью его поведения. При этом неправильное поведение потерпевшего должно быть учтено при квалификации преступления или определении меры уголовной ответственности причинителя вреда. Пострадавшее от преступных действий лицо не должно признаваться потерпевшим, только если его собственные уголовно противоправные действия послужили причиной причинения ему вреда и оно при этом также должно привлекаться по данному делу в качестве подозреваемого или обвиняемого (например, при даче им взятки, когда взяткополучатель, взяв деньги, тем не менее, не выполнил обусловленных действий).

6. В случае смерти потерпевшего как результата совершения в отношении него уголовно противоправных действий потерпевшим признается один из его близких родственников с учетом договоренности, которая может быть достигнута между ними (о понятии «близкие родственники» см. комм. к п. 4 ст. 5). Если такая договоренность между близкими родственниками не достигнута, следователь, дознаватель, прокурор и суд определяют потерпевшего самостоятельно.

7. Понятие потерпевшего по делам частного обвинения в смысле ст. 318 отличается от общего понятия потерпевшего, данного в ст. 42 УПК. Потерпевшим по делам частного обвинения является лицо, которому причинен вред или которое полагает, что ему причинен такой вред.

8. Согласно ч. 2 ст. 42 УПК РФ потерпевший получил ряд новых прав, отсутствовавших в УПК РСФСР:

— знать о предъявленном обвиняемому обвинении (п. 1);

— отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников (п. 3);

— участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя (п. 9);

— знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания (п. 10);

— знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 198 УПК (п. 11);

---

[1] См. письмо Министерства финансов РФ от 09.08.2006 г. № 08-04-14/4048.

— при окончании предварительного расследования и ознакомлении с его материалами снимать копии с материалов уголовного дела, в т.ч. с помощью технических средств (п. 12);

— получать копии постановлений о возбуждении уголовного дела, признании его потерпевшим или об отказе в этом, о прекращении уголовного дела, приостановлении производства по уголовному делу, а также копии приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций (п. 13);

— поддерживать обвинение не только по делам частного обвинения, но и по всем категориям дел, в которых он участвует (п. 16);

— знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения (п. 20);

— ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11 УПК (п. 21).

9. Представляется, что предусмотренное п. 12 ч. 2 комм. статьи право потерпевшего на ознакомление со всеми материалами дела с момента окончания предварительного расследования распространяется не только на окончание предварительного следствия, как это имело место по УПК РСФСР, но и на все формы окончания предварительного расследования, а именно: а) окончание предварительного следствия с обвинительным заключением (ст. 216); б) окончание дознания с обвинительным актом (ст. 225) в) окончание предварительного следствия с постановлением о направлении дела в суд для решения вопроса о применении к лицу принудительных мер медицинского характера (ч. 3 ст. 439); г) окончание предварительного следствия или дознания вынесением постановления о прекращении дела (ст. 239). То обстоятельство, что об этом праве упоминается не во всех названных выше статьях УПК (исключение составляет ч. 3 ст. 439), не лишает потерпевшего возможности на его реализацию, т.к. нормы Общей части, по общему правилу, распространяют свое действие на все содержание Кодекса.

Согласно буквальному смыслу первого предложения п. 12 ч. 2 комм. статьи, потерпевший вправе знакомиться *со всеми материалами дела* и в *любом объеме* снимать с них копии. Другими словами, следователь не вправе *выборочно* знакомить его с материалами дела. Однако второе предложение комм. пункта создает впечатление, что если в деле участвуют несколько потерпевших, то выборочное ознакомление каждого из них допустимо. Однако практически обычно трудно выбрать из дела и предъявить для ознакомления материалы, касающиеся только вреда, причиненного каждому потерпевшему в отдельности, не нарушив при этом его законные интересы. Особенно это относится к случаям, когда вред причинен одним и тем же деянием обвиняемого общей собственности потерпевших; когда такой вред является моральным либо когда между потерпевшими может возникнуть спор относительно принадлежности похищенного.

Следует обратить внимание также на то, что закон дает право потерпевшему лишь *снимать* копии с материалов дела, но не *получать* их. То есть следователь и дознаватель обязаны предоставить им возможность делать в любом объеме выписки, использовать технические средства (копировальные аппараты, фотосъемку), но не обязан снимать для потерпевших копии сам. При этом не допускается взимание прокурорами, следователями платы за копии материалов уголовных дел[1]. Потерпевший вправе

[1] См. письмо Генпрокуратуры РФ от 01.10.2002 г. № 10/2-1437-2002.

рассчитывать лишь на получение копий постановлений следователя и дознавателя, а также приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций, указанных в п. 13. Вручение этих документов должно, на наш взгляд, происходить немедленно после признания лица потерпевшим либо (если они к этому времени еще не вынесены) в разумный и достаточный или другой, установленный законом (ч. 4 ст. 148, ст. 312), срок после их принятия следователем, дознавателем и судом.

10. Пункт 20 ч. 2 комм. статьи предусматривает право потерпевшего знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения. Другими словами, все жалобы и представления прокурора, полученные следователем, прокурором и судьей в ходе досудебного производства по делу, а также судом в судебном производстве, должны быть предоставлены потерпевшему для ознакомления. Поскольку это преследует цель дать потерпевшему возможность своевременно представить на эти жалобы и представления возражения, такое ознакомление не может быть приурочено лишь к окончанию предварительного расследования или соответствующих судебных стадий. Каким образом это право технически должно быть реализовано, закон умалчивает. По-видимому, потерпевшему необходимо направлять либо извещения о поданных жалобах и его праве ознакомиться с ними, либо копии самих жалоб, что предпочтительнее, т.к. в этом случае отпадает необходимость согласования времени для явки потерпевшего к следователю.

11. Право на поддержание потерпевшим обвинения ранее предусматривалось только при производстве по делам частного обвинения (ч. 3 ст. 53 УПК РСФСР). Теперь, как представляется, оно имеет общий характер, поскольку потерпевший выступает на стороне обвинения. Невозможно выступать на стороне обвинения и не быть обвинителем; невозможно быть обвинителем и не поддерживать обвинения. Поддержание обвинения потерпевшим не ограничивается лишь его участием в судебных прениях (ч. 2 ст. 292 УПК РФ), а осуществляется на протяжении всего предварительного расследования и судебного разбирательства путем реализации права на дачу показаний (п. 2 ч. 2 ст. 42 УПК РФ), представления доказательств (п. 4 ч. 2 ст. 42), заявления ходатайств (п. 5 ч. 2 ст. 42) и т.д. Нарушение права потерпевшего на участие в судебном разбирательстве и выступление в судебных прениях признается основанием для отмены приговора[1].

12. В комм. статье не упоминается такое важное право потерпевшего, как примирение с подозреваемым или обвиняемым, предусмотренное ст. 25 УПК.

13. В УПК РСФСР было установлено, что прекращение дела в связи с отказом в суде присяжных прокурора от обвинения допускается, только если против этого не возражает потерпевший (ч. 2 ст. 430). В УПК РФ подобная норма не предусмотрена.

14. Процессуальные права потерпевшего могут реализоваться им как лично, так и через своего представителя либо вместе с представителем. Потерпевший может отказаться от услуг представителя-адвоката, но не от своего законного представителя.

15. При причинении потерпевшему преступлением материального или морального вреда он вправе предъявить гражданский иск в уголовном процессе. При этом он становится еще и гражданским истцом. В этом смысле следует понимать указание ч. 4 ст. 42 УПК о том, что потерпевший может предъявить иск о возмещении в денеж-

[1] См. Определение СК по УД ВС РФ № 19-кпо02-79сп по делу Ажиговой.

ном выражении причиненного ему морального вреда. В той же норме предусматривается, что размер возмещения морального вреда определяется судом или при рассмотрении уголовного дела, *или в порядке гражданского судопроизводства.* Однако смысл последнего положения не вполне ясен. Согласно п. 48 ст. 5 УПК, суд — это «любой суд общей юрисдикции, рассматривающий *уголовное дело* по существу и выносящий решения». Но уголовный суд не может действовать в порядке гражданского судопроизводства. Значит, речь идет о передаче вопроса о размере возмещения морального вреда в гражданский суд. О праве уголовного суда передать вопрос о размере возмещения гражданского иска для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства сказано в ч. 2 ст. 309 УПК. Однако, согласно названной статье, это может быть сделано судом при постановлении обвинительного приговора лишь при необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства. Моральный же вред хотя и имеет денежную оценку, но не нуждается в каких-либо расчетах, т.к. размер его компенсации не может быть поставлен в зависимость от размера каких-либо материальных требований и определяется судом исключительно по внутреннему убеждению[1]. Поэтому положения ч. 4 ст. 42 УПК следует, на наш взгляд, понимать в том смысле, что потерпевший вправе сам определять, в каком судебном порядке — уголовном или гражданском — ему следует подавать иск о возмещении морального вреда.

СТАТЬЯ 43
ЧАСТНЫЙ ОБВИНИТЕЛЬ

1. Частным обвинителем является лицо, подавшее заявление в суд по уголовному делу частного обвинения в порядке, установленном статьей 318 настоящего Кодекса, и поддерживающее обвинение в суде.

2. Частный обвинитель наделяется правами, предусмотренными частями четвертой, пятой и шестой статьи 246 настоящего Кодекса.

1. Частный обвинитель — это потерпевший или его законный представитель и представитель по уголовным делам частного обвинения (п. 59 ст. 5 УПК). Лицо становится частным обвинителем с момента принятия судом поданного им заявления к своему производству (ч. 7 ст. 318 УПК). Частный обвинитель может не быть потерпевшим только в одном случае — если уголовное дело частного обвинения возбуждается не самим потерпевшим, а *его законным представителем*, когда потерпевший является несовершеннолетним или по своему физическому или психическому состоянию лишен возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы. Частный обвинитель может воспользоваться помощью представителя (см. о нем комм. к ст. 45).

2. Говоря о частном обвинителе как потерпевшем, УПК в п. 59 ст. 5, ч. 1 ст. 318 имеет в виду не потерпевшего в смысле ст. 42, признаваемого таковым по решению следователя, дознавателя, прокурора или суда. Потерпевший, становящийся частным обвинителем, — это лицо, которое претерпело вред от преступления или утверждает, что претерпело такой вред.

---

[1] См. п. 8 постановления Пленума ВС РФ от 20.12.94 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда».

3. Частный обвинитель по УПК РФ имеет следующие права:

— права потерпевшего, из числа названных в ст. 42, а именно: знать о предъявленном обвинении (в данном случае при подаче против него встречного заявления в порядке ч. 3 ст. 321); давать показания, не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, представлять доказательства, заявлять ходатайства, давать показания на родном языке или языке, которым он владеет, пользоваться помощью переводчика бесплатно, иметь представителя, участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в мировом суде, выступать в судебных прениях, поддерживать обвинение, знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания; приносить жалобы на решения мирового судьи; обжаловать приговор, определение, постановление суда; знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения; ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11;

— знакомиться с постановлением мирового судьи об отказе принять заявление частного обвинителя к своему производству (ч. 1 ст. 319);

— если в ходе судебного разбирательства обнаружится невозможность дальнейшего участия частного обвинителя, то он может быть заменен. Вновь вступившему в судебное разбирательство частному обвинителю суд предоставляет время для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. Замена частного обвинителя не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в ходе судебного разбирательства. По ходатайству частного обвинителя суд может повторить допросы свидетелей, потерпевших, экспертов либо иные судебные действия (ч. 2 ст. 43, ч. 4 ст. 246);

— представлять доказательства и участвовать в их исследовании, излагать суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывать суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания (ч. 2 ст. 43, ч. 5 ст. 246);

— предъявлять и поддерживать по уголовному делу гражданский иск (ч. 2 ст. 43, ч. 6 ст. 246).

4. Как и на всяком обвинителе, на частном обвинителе лежит бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого (ч. 2 ст. 14 УПК). По уголовным делам частного обвинения неявка потерпевшего без уважительных причин влечет за собой прекращение уголовного дела за отсутствием в деянии состава преступления (ч. 2 ст. 249 УПК).

СТАТЬЯ 44
ГРАЖДАНСКИЙ ИСТЕЦ

1. Гражданским истцом является физическое или юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением. Решение о признании гражданским истцом оформляется определением суда или постановлением судьи, прокурора, следователя, дознавателя. Гражданский истец может предъявить гражданский иск и для имущественной компенсации морального вреда.

2. Гражданский иск может быть предъявлен после возбуждения уголовного дела и до окончания судебного следствия при разбирательстве данного уголов-

ного дела в суде первой инстанции. При предъявлении гражданского иска гражданский истец освобождается от уплаты государственной пошлины.

3. Гражданский иск в защиту интересов несовершеннолетних, лиц, признанных недееспособными либо ограниченно дееспособными в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством, лиц, которые по иным причинам не могут сами защищать свои права и законные интересы, может быть предъявлен их законными представителями или прокурором, а в защиту интересов государства — прокурором.

4. Гражданский истец вправе:

1) поддерживать гражданский иск;

2) представлять доказательства;

3) давать объяснения по предъявленному иску;

4) заявлять ходатайства и отводы;

5) давать показания и объяснения на родном языке или языке, которым он владеет;

6) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

7) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса. При согласии гражданского истца дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний;

8) иметь представителя;

9) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием;

10) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя;

11) отказаться от предъявленного им гражданского иска. До принятия отказа от гражданского иска дознаватель, следователь, прокурор, суд разъясняет гражданскому истцу последствия отказа от гражданского иска, предусмотренные частью пятой настоящей статьи;

12) знакомиться по окончании расследования с материалами уголовного дела, относящимися к предъявленному им гражданскому иску, и выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме;

13) знать о принятых решениях, затрагивающих его интересы, и получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному им гражданскому иску;

14) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций *(в ред. ФЗ от 09.01.2006 № 13-ФЗ)*;

15) выступать в судебных прениях для обоснования гражданского иска;

16) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

17) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда;

18) обжаловать приговор, определение и постановление суда в части, касающейся гражданского иска;

19) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения;

20) участвовать в судебном рассмотрении принесенных жалоб и представлений в порядке, установленном настоящим Кодексом.

5. Отказ от гражданского иска может быть заявлен гражданским истцом в любой момент производства по уголовному делу, но до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора. Отказ от гражданского иска влечет за собой прекращение производства по нему.

6. Гражданский истец не вправе разглашать данные предварительного расследования, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования гражданский истец несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. В качестве гражданского истца в уголовном судопроизводстве может быть привлечено как физическое, так и юридическое лицо. Согласно ч. 1 ст. 44 гражданский истец — тот, кто одновременно отвечает двум следующим условиям: а) предъявил требование о возмещении имущественного вреда и б) признан таковым определением суда или постановлением судьи, прокурора, следователя, дознавателя при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему *непосредственно* преступлением. Предъявлению гражданского иска и принятию указанных процессуальных решений должно предшествовать разъяснение лицам, которым причинен вред, их права на предъявление гражданского иска.

2. Гражданский иск может быть предъявлен после возбуждения уголовного дела и до окончания судебного следствия при разбирательстве данного уголовного дела в суде первой инстанции. При предъявлении гражданского иска гражданский истец освобождается от уплаты государственной пошлины.

3. Согласно указанию ч. 1 комм. статьи вред, причиненный гражданскому истцу, может быть *имущественным*. Кроме того, гражданский иск может быть предъявлен и для имущественной компенсации морального вреда. Пленум Верховного Суда РФ в п. 10 постановления от 20.12.94 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» разъяснил, что «моральный вред признается законом вредом *неимущественным*, несмотря на то, что он компенсируется в денежной… форме».

Гражданскими истцами должны признаваться следующие лица, которым непосредственно причинен вред преступлением:

— признанные потерпевшими лица, понесшие убытки от утраты заработка (дохода) вследствие постоянной или временной утраты ими трудоспособности, а также вследствие дополнительно понесенных ими расходов, вызванных повреждением здоровья: на лечение, дополнительное питание, приобретение лекарств, протезирование, посторонний уход, санаторно-курортное лечение, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии (ст. 1085 *ГК*);

— нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении погибшего в результате преступления кормильца или имевшие ко дню его смерти право на получение от него содержания, а также ребенок погибшего, родившийся после его смерти (от его имени иск предъявляет законный представитель); один из родителей, супруг либо другой

член семьи независимо от его трудоспособности, который не работает и занят уходом за находившимися на иждивении погибшего его детьми, внуками, братьями и сестрами, не достигшими 14 лет либо хотя и достигшими указанного возраста, но по заключению медицинских органов нуждающимися по состоянию здоровья в постороннем уходе; лица, состоявшие на иждивении погибшего и ставшие нетрудоспособными в течение 5 лет после его смерти; один из родителей, супруг либо другой член семьи, не работающий и занятый уходом за детьми, внуками, братьями и сестрами погибшего и ставший нетрудоспособным в период осуществления ухода, сохраняет право на возмещение вреда и после окончания ухода за этими лицами (ч. 1 ст. 1088 *ГК*);

— признанные потерпевшими от преступления лица, которым вред причинен утратой заработка в результате уголовно противоправного нарушения их трудовых прав (ст. 145, 145.1 *УК*);

— физические и юридические лица, имуществу которых, принадлежащему им на праве собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) или законного (титульного) владения, причинен вред преступлением (хищение, уничтожение, порча и т.д.);

— признанные потерпевшими физические лица, которым преступлением причинен моральный вред (ст. 151 *ГК*), а также юридические лица, в случае причинения преступлением вреда их деловой репутации, если это повлекло возникновение убытков (ст. 152 *ГК*).

4. Формулировка о том, что гражданским истцом считается лишь лицо, которому вред причинен преступлением *непосредственно* (ч. 1 комм. статьи), при буквальном ее толковании исключает возможность признания гражданскими истцами в уголовных делах лиц, обратившихся с *регрессным требованием* о возмещении сумм, выплаченных им потерпевшему или иным лицам в силу закона или договора до рассмотрения уголовного дела (пособия по временной нетрудоспособности, суммы, выплаченные по договорам страхования, перевозки, хранения, охраны и т.д.). По существу, к регрессным требованиям относятся и требования о взыскании с осужденного затрат, понесенных гражданским истцом на похороны лица, погибшего в результате преступления (ст. 1094 *ГК*), а также средств, затраченных на лечение потерпевшего от преступления лица.

Однако суды продолжают взыскивать с осужденных средства, затраченные на погребение погибших[1] и лечение потерпевших от преступлений[2].

Как указал Президиум Верховного Суда РФ в одном из своих постановлений[3], возмещение затрат лечебным учреждениям на лечение лиц, пострадавших от противоправных действий, должно определяться на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР от 25.06.1973 г. № 4409-VIII «О возмещении средств, затраченных на лечение граждан, потерпевших от преступных действий»[4] и ст. 67 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22.07.1993 г. Согласно названному постановлению средства, затраченные на стационарное лечение граждан в случаях причинения вреда их здоровью в результате умышленных преступных действий (за

---

[1] См., например, определение ВС РФ от 07.07.2006 № 46-о06-57.

[2] См., например: постановление Президиума ВС РФ от 08.02.2006 № 329п2005; определение ВС РФ от 02.11.2005 № 53-о05-80.

[3] См. постановление Президиума ВС РФ от 07.07.99 г. // БВС РФ. 2000. № 3.

[4] См. Ведомости Верховного Совета СССР. 1973. № 27. Ст. 348.

исключением причинения вреда при превышении пределов необходимой обороны или в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения, вызванного неправомерными действиями потерпевшего), подлежат взысканию *в доход государства* с лиц, осужденных за эти преступления. Взыскание средств, затраченных на стационарное лечение граждан, потерпевших от преступных действий, производится судом при постановлении приговора на основании материалов уголовного дела. Если гражданский иск не был предъявлен, суд при постановлении приговора вправе по собственной инициативе разрешить вопрос о взыскании указанных средств. В случае если при постановлении приговора решение о взыскании этих средств не было принято, взыскание их производится в порядке гражданского судопроизводства.

Однако согласно ч. 1 ст. 67 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан средства, затраченные на оказание медицинской помощи гражданам, потерпевшим от противоправных действий, взыскиваются с лиц, ответственных за причиненный вред здоровью, в пользу учреждений государственной или муниципальной системы здравоохранения, понесших расходы, либо в пользу учреждений *частной системы здравоохранения*, если лечение проводилось в учреждениях частной системы здравоохранения. При этом затраты государственной или муниципальной системы здравоохранения подлежат возмещению лечебным учреждениям, если они понесли расходы по оказанию медицинской помощи, не возмещенные за счет бюджетных средств.

5. Определенные трудности при определении гражданского истца на практике вызывают случаи, когда вред причинен имуществу, находившемуся в момент совершения преступления не у его собственника (обладателя права хозяйственного ведения, оперативного управления), а у иного законного (титульного) владельца: арендатора, нанимателя, перевозчика, хранителя и т.д. При этом требуют ответа следующие вопросы: кто в этих случаях может быть признан гражданским истцом — собственник или титульный владелец имущества; вправе ли они оба быть признаны гражданскими истцами или это может быть лишь кто-то один из них? Полагаем, что гражданский иск, связанный с утратой или повреждением имущества в результате преступных действий (иск из причинения вреда), может быть предъявлен собственником имущества, поскольку именно *его* имуществу причинен реальный ущерб (ч. 2 ст. 15 *ГК*), причем непосредственно. Титульный же владелец может понести убытки лишь опосредованно — через договорную ответственность перед собственником (если, конечно, законом или договором о предоставлении данного имущества предусмотрено, что риск его гибели несет титульный владелец)[1]. Следует, однако, иметь в виду, что титульный владелец непосредственно в результате преступных действий может понести убытки, связанные не с утратой и повреждением имущества, а с дополнительными расходами на перевозку или охрану поврежденного имущества, аренду или наем другого необходимого ему имущества и т.д., а также с упущенной выгодой. В этой части он также должен быть признан гражданским истцом.

6. Если имущественный вред причинен совместными действиями нескольких лиц, гражданский истец вправе предъявить к ним исковые требования. Однако такой иск может быть удовлетворен в уголовном деле в полном объеме лишь при условии, что все эти лица привлечены по данному делу в качестве обвиняемых (подсудимых).

---

[1] В предыдущих изданиях Комментария (2003, 2004 гг.) по этому вопросу была изложена другая точка зрения, ныне подвергшаяся нашему пересмотру.

В противном случае суд может на основании ч. 2 ст. 1080 *ГК* возложить на лиц, привлеченных по данному делу в качестве обвиняемых, определенную долю ответственности, а в остальной части оставить иск без рассмотрения. В пределах указанной доли обвиняемые по данному уголовному делу могут отвечать солидарно.

7. Доказывание гражданского иска в уголовном деле производится в основном по правилам, установленным уголовно-процессуальным правом. Доказывание причинения деяниями обвиняемого имущественного вреда, подлежащего возмещению гражданскому истцу, предполагает доказывание события преступления, причастности обвиняемого к его совершению, его вины, причинной связи между деянием обвиняемого и причиненными убытками. Таким образом, чтобы доказать обоснованность требований гражданского истца, необходимо доказать большинство обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК), т.е., по сути, доказать обоснованность обвинения. Если обвинение не будет доказано, гражданский истец при вынесении оправдательного приговора не может рассчитывать на удовлетворение своих требований либо вообще, либо в рамках уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 306 УПК). Но согласно ч. 2 ст. 14 УПК бремя доказывания обвинения лежит на стороне обвинения, а не только на гражданском истце. Непредставление гражданским истцом доказательств в подтверждение оснований и содержания иска не означает, что следователь, дознаватель и прокурор вправе бездействовать. Напротив, они обязаны принимать меры по доказыванию оснований и содержания иска, в т.ч. размера причиненных гражданскому истцу убытков. Суд не вправе оставить гражданский иск без рассмотрения по той причине, что сторона обвинения не представила достаточных доказательств в подтверждение оснований и размера причиненного преступлением имущественного вреда.

8. При рассмотрении гражданского иска в уголовном судопроизводстве применимы не только нормы УПК, но и гражданско-процессуального права, если соответствующие отношения не урегулированы уголовно-процессуальным законодательством. Так, ч. 2 ст. 250 УПК дает суду право при неявке в судебное разбирательство гражданского истца или его представителя оставить гражданский иск без рассмотрения. Однако уголовно-процессуальный закон оставляет без ответа вопрос, как должен поступить суд, если отсутствие гражданского истца вызвано тем, что его должным образом не известили о времени и месте судебного заседания, либо уважительными причинами. Представляется, что в этих случаях следует применять положения *ГПК* об отложении судебного разбирательства дела. Иное противоречило бы требованию ст. 11 УПК о том, что суд обязан, в частности, *обеспечивать* всем участникам уголовного судопроизводства возможность осуществления их прав.

9. Права и обязанности гражданского истца в общем и целом близки к правам и обязанностям потерпевшего. Вместе с тем некоторые из них требуют дополнительного пояснения. Так, говоря о праве гражданского истца давать показания, свидетельствовать против себя и ряда других лиц (п. 5, 7 ч. 4 ст. 44 УПК), законодатель признает возможность его допроса. Однако в ч. 2 ст. 74 УПК («Доказательства») показания гражданского истца не названы в числе доказательств. Представляется, что по отношению к общей норме о доказательствах норма о правах и обязанностях в процессе доказывания отдельного участника процесса имеет специальный характер, и потому при толковании ей необходимо отдавать предпочтение. Поэтому показания гражданского истца следует считать самостоятельным видом доказательств.

В УПК отсутствует упоминание о праве гражданского истца ходатайствовать о принятии мер по обеспечения гражданского иска (наложение ареста на имущество), предусмотренных ст. 115. Однако представляется, что он вправе заявлять ходатайства и по этому вопросу.

Гражданский истец вправе обжаловать действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора на досудебном производстве в порядке, установленном гл. 16 УПК. Права гражданского истца на обжалование приговора, определения или постановления суда, вынесенных как в досудебном, так и в судебном производстве, по общему смыслу п. 18 ч. 4 ст. 44, ст. 127 и ч. 5 ст. 354 УПК, ограничены — он может обжаловать названные судебные решения лишь в части, касающейся гражданского иска.

10. Суд не вправе оставить гражданский иск без рассмотрения при вынесении *обвинительного* приговора. Вместе с тем, согласно ч. 2 ст. 309 УПК, при необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства, суд может признать за гражданским истцом право на удовлетворение гражданского иска и передать вопрос о размере возмещения гражданского иска для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства. Однако следует учитывать разъяснение, данное Пленумом Верховного Суда РФ в постановлении от 29.04.96 г. «О судебном приговоре» о том, что суд вправе принять подобное решение, если только это не влияет на решение суда о квалификации преступления, мере наказания и по другим вопросам.

СТАТЬЯ 45
ПРЕДСТАВИТЕЛИ ПОТЕРПЕВШЕГО, ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА И ЧАСТНОГО ОБВИНИТЕЛЯ

1. Представителями потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя могут быть адвокаты, а представителями гражданского истца, являющегося юридическим лицом, также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы. По постановлению мирового судьи в качестве представителя потерпевшего или гражданского истца могут быть также допущены один из близких родственников потерпевшего или гражданского истца либо иное лицо, о допуске которого ходатайствует потерпевший или гражданский истец.

2. Для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, к обязательному участию в уголовном деле привлекаются их законные представители или представители.

3. Законные представители и представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя имеют те же процессуальные права, что и представляемые ими лица.

4. Личное участие в уголовном деле потерпевшего, гражданского истца или частного обвинителя не лишает его права иметь по этому уголовному делу представителя.

1. Представительство в судопроизводстве — это замена в процессе одного лица другим (представителем), при которой процессуальная деятельность представителя создает права и обязанности представляемого лица. Однако в силу *личного* характера уголовно-процессуальной деятельности представительство в уголовном судопроизводстве, как правило, не исключает, а, наоборот, предполагает одновременное участие и представителя, и представляемого — потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и др. Исключение составляют случаи, когда представляемый является не физическим, а юридическим лицом, которое целиком персонифицируется через своего представителя. Представительство может быть *легальным*, когда интересы представляемого защищает определенное лицо, обязанное это делать в силу требования закона, и *по соглашению,* если представитель действует в силу соглашения.

В широком смысле (в отличие от *узкого*, который используется в комм. статье) можно выделить следующие разновидности легального представительства в российском уголовном процессе: а) законное представительство несовершеннолетних подозреваемого, обвиняемого или потерпевшего одним из его родителей, опекуном, попечителем или представителями учреждений и организаций, на попечении которых находится несовершеннолетний, или органами опеки и попечительства (п. 12 ст. 5, ст. 48); б) защита подозреваемого или обвиняемого адвокатом по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда (ч. 3—5 ст. 50): в) представительство интересов юридического лица, признанного потерпевшим, гражданским истцом или гражданским ответчиком, его руководителем (ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 55 УПК, ч. 3 ст. 53 *ГК*). Представительство по соглашению может иметь следующие формы: а) защита подозреваемого или обвиняемого адвокатом по соглашению (ч. 1 ст. 50 УПК); б) *представительство интересов доверителя — потерпевшего, частного обвинителя, гражданского истца, гражданского ответчика*.

2. Последний из вышеназванных видов представительства по буквальному содержанию комм. статьи может осуществляться лишь адвокатом. Однако следует иметь в виду, что Конституционный Суд РФ признал такое ограничение не соответствующим Конституции РФ и установил, что представителем потерпевшего, частного обвинителя и гражданского истца может быть и иное лицо, в т.ч. близкий родственник, о допуске которого они ходатайствуют[1].

3. Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя допускаются в процесс по определению суда или постановлению судьи, прокурора, следователя, дознавателя. Представитель, в т.ч. адвокат, допускается к выполнению обязанностей представителя, как правило, на основании доверенности, поскольку ФЗ (ч. 4 ст. 49 УПК) предусматривает допуск *по ордеру* только адвоката-защитника, но не адвоката-представителя[2]. Однако для допуска в процесс в качестве представителей близких родственников достаточно документа, подтверждающего родственные от-

---

[1] См. определения КС РФ: от 05.12.2003 г. № 447-О «По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки Г.М. Ситяевой частью первой статьи 45 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; от 05.12.2003 г. № 446-О по жалобам Л.Д. Вальдмана, С.М. Григорова и РОО «Объединение вкладчиков МММ» на нарушение конституционных прав и свобод рядом положений УПК РФ, *АПК* РФ и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Вестник КС РФ. 2004. № 3.

[2] См. также ч. 2 ст. 6 ФЗ от 31.05.2002 г. « Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

ношения представителя и представляемого. Лица, представляющие юридическое лицо, предъявляют доверенность или документ, удостоверяющий их право действовать от имени юридического лица без доверенности (учредительные документы организации и удостоверение личности).

Если у потерпевших, которые являются несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишены возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, отсутствуют законные представители, следователь, дознаватель, прокурор и суд могут привлечь к участию в процессе в качестве их представителей работников органа опеки и попечительства.

Законные, а также иные представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя имеют те же процессуальные права, что и представляемые ими лица.

ГЛАВА 7. УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА СО СТОРОНЫ ЗАЩИТЫ

СТАТЬЯ 46 ПОДОЗРЕВАЕМЫЙ

1. Подозреваемым является лицо:

1) либо в отношении которого возбуждено уголовное дело по основаниям и в порядке, которые установлены главой 20 настоящего Кодекса;

2) либо которое задержано в соответствии со статьями 91 и 92 настоящего Кодекса;

3) либо к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со статьей 100 настоящего Кодекса.

2. Подозреваемый, задержанный в порядке, установленном статьей 91 настоящего Кодекса, должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания.

3. В случае, предусмотренном пунктом 2 части первой настоящей статьи, следователь, дознаватель обязан уведомить об этом близких родственников или родственников подозреваемого в соответствии со статьей 96 настоящего Кодекса.

4. Подозреваемый вправе:

1) знать, в чем он подозревается, и получить копию постановления о возбуждении против него уголовного дела, либо копию протокола задержания, либо копию постановления о применении к нему меры пресечения;

2) давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении его подозрения либо отказаться от дачи объяснений и показаний. При согласии подозреваемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного пунктом 1 части второй статьи 75 настоящего Кодекса;

3) пользоваться помощью защитника с момента, предусмотренного пунктами 2 и 3 части третьей статьи 49 настоящего Кодекса, и иметь свидание с ним наедине и конфиденциально до первого допроса подозреваемого;

4) представлять доказательства;

5) заявлять ходатайства и отводы;

6) давать показания и объяснения на родном языке или языке, которым он владеет;

7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

8) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания;

9) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству, ходатайству его защитника либо законного представителя;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя и дознавателя;

11) защищаться иными средствами и способами, не запрещенными настоящим Кодексом.

1. УПК РФ существенно расширил основания для признания лица подозреваемым. Теперь это не только лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления или к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 97, но и лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело. О возбуждении дела в отношении конкретного лица в УПК сказано в ст. 223, в которой говорится о производстве дознания; в ст. 318, посвященной возбуждению уголовного дела частного обвинения, а также в ст. 448, регулирующей производство в отношении отдельных категорий лиц. Однако и по другим делам в постановлении о возбуждении дела в числе оснований для принятия этого решения могут быть указаны данные о лице, подозреваемом в совершении преступления. Учитывая, что с момента возбуждения дела в отношении конкретного лица оно приобретает почти весь комплекс прав подозреваемого, в т.ч. право на защиту, представляется, что орган дознания, дознаватель, следователь и прокурор при наличии в первичных материалах о совершении преступления (сообщение, материалы проверки) *определенных* данных о лице, его совершившем, *обязаны указать это лицо в постановлении о возбуждении дела*. Если же на момент возбуждения дела данные о таком лице в первичных или проверочных материалах отсутствуют (возбуждение дела по факту), но затем в ходе предварительного следствия появляются, то лицо, фактически заподозренное в совершении преступления, не считается подозреваемым вплоть до его задержания или применения к нему до предъявления обвинения меры пресечения.

2. По смыслу п. 11 ст. 5 и п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК подозреваемый появляется в уголовном процессе не с момента составления протокола о задержании (на что в ч. 1 ст. 92 дается трехчасовой срок с момента доставления задержанного в орган дознания, к следователю или прокурору), а с момента *фактического задержания*, которое может произойти и до возбуждения уголовного дела. Фактическим задержанием, согласно п. 15 ст. 5 УПК, считается момент фактического лишения *свободы передвижения* лица, подозреваемого в совершении преступления.

Следует иметь в виду, что в ст. 46 УПК понятие «подозреваемый» дано в узком, формально-юридическом, смысле слова. Как указал Конституционный Суд РФ в п. 3 Постановления от 27.06.2000 г. № 11 по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова, факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного

лица обвинительная деятельность могут подтверждаться не только актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, но также и проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.), иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии с ч. 1 ст. 51 Конституции РФ права не давать показаний против себя самого). Лицо, в отношении которого осуществляются названные действия, должно считаться подозреваемым в широком, содержательном, смысле слова. Широкое понимание понятия подозреваемого дает ему право немедленно воспользоваться помощью защитника, не дожидаясь формального признания за ним этого статуса какими-либо актами органов предварительного расследования.

3. Согласно ч. 2 комм. статьи подозреваемый должен быть допрошен не позднее 24 часов *с момента его фактического задержания* (но не вынесения постановления о возбуждении в отношении него уголовного дела). Следует иметь в виду, что проведение допроса в указанный срок не только обязанность следователя и т.д., но и важное право подозреваемого, особенно существенное для него в случае задержания, т.к., во-первых, в данный момент *наиболее полно* реализуется право подозреваемого узнать, в чем он подозревается, а во-вторых, согласно п. 3 ч. 4 комм. статьи именно в течение этого 24-часового срока (до первого допроса) *задержанный* практически чаще всего может использовать возможность встретиться с защитником.

4. Подозреваемый как участник судопроизводства существует ограниченное время. Если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу, то это время не может быть более 10 суток — с момента задержания до предъявления обвинения (ст. 100). Если же мера пресечения не была избрана в течение 48 часов, то лицо, подозреваемое в совершении преступления, подлежит освобождению (ч. 2 ст. 94) и после этого, формально, не может считаться подозреваемым, ибо более не задерживается и не подвергается мере пресечения. Исключение составляют случаи, когда в постановлении о возбуждении дела *обоснованно* будут указаны данные об этом лице. При производстве дознания лицо может находиться в положении подозреваемого до составления обвинительного акта.

5. Обязанность лица, ведущего предварительное расследование, своевременно поставить в известность подозреваемого о том, в чем он подозревается, реализуется путем указания в протоколе задержания оснований и мотивов задержания (ч. 2 ст. 92); в постановлении о применении меры пресечения до предъявления обвинения — преступления, в котором лицо подозревается (ч. 1 ст. 101 УПК). В УПК РФ более нет нормы, которая имелась в УПК РСФСР (ч. 2 ст. 123) о том, что перед допросом подозреваемому должно быть объявлено, в совершении какого преступления он подозревается. Однако, учитывая, что право на защиту должно обеспечиваться (ст. 16 УПК РФ), мы полагаем, что следователь, работник органа дознания, прокурор и ныне обязаны выполнять это требование.

6. Подозреваемый вправе давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении него подозрения либо отказаться от их дачи. Показания, которые вправе давать подозреваемый, — это сведения об известных ему конкретных *фактических обстоятельствах* уголовного дела, которые он сообщает во время допроса. Показания необходимо отличать от *объяснений,* под которыми понимаются выдвигаемые подозреваемым в свою защиту доводы — версии и предположения, содержащие ис-

толкование тех или иных фактов (например, версия, объясняющая по делу о краже застижение подозреваемого с поличным случайной находкой им кем-то ранее утерянных или похищенных предметов; предположение о мотивах, по которым потерпевший или свидетели могут давать против него ложные показания). Процессуальное значение объяснений подозреваемого состоит в том, что они являются средством его защиты против выдвинутого подозрения, а потому в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 14 («Презумпция невиновности») возлагают на обвинителя (дознавателя, следователя, прокурора) обязанность их следственной проверки и бремя опровержения. Дача показаний и объяснений — это право, а не обязанность подозреваемого. Он не несет никакой ответственности за отказ от дачи показаний и дачу заведомо ложных показаний. При согласии подозреваемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в т.ч. и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, когда они были даны на досудебном производстве в отсутствие защитника и не подтверждены данным лицом в суде (п. 2 ч. 4 ст. 46).

7. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 09.12.88 г., «лицо, задержанное по уголовному обвинению, имеет право на судебное разбирательство *в разумные сроки* или на освобождение до суда» (принцип 38). «За исключением *особых случаев*, предусмотренных законом, и если судебный или иной орган не примет иного решения в интересах отправления правосудия, лицу, задержанному по уголовному обвинению, *предоставляется возможность получить освобождение* на период проведения суда на условиях, которые могут устанавливаться в соответствии с законом. Такой орган держит вопрос о необходимости задержания в поле зрения» (принцип 39).

Указанные стандарты мирового сообщества не вполне выдержаны в новом УПК. Право задержанного (заключенного под стражу) подозреваемого на судебное разбирательство в разумные сроки безусловно соблюдено лишь в отношении дознания — максимально — 72 дня, считая с момента фактического задержания до направления прокурором дела в суд и учитывая: наибольшие сроки проверки сообщения о преступлении (30 суток), сроки самого дознания при условии их продления (20 и 10 суток), принятия прокурором решения по делу, поступившему к нему с обвинительным актом (2 суток), и направления им дела для дополнительного дознания — 10 суток (ч. 3 ст. 144, ч. 2 ст. 223, ч. 1 ст. 226). При проведении предварительного следствия эти сроки теоретически могут быть сколь угодно долгими (п. 1 ч. 8 ст. 109, ч. 5 ст. 162), что вряд ли можно признать разумным сроком.

СТАТЬЯ 47
ОБВИНЯЕМЫЙ

1. Обвиняемым признается лицо, в отношении которого:

1) вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого;

2) вынесен обвинительный акт.

2. Обвиняемый, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, именуется подсудимым. Обвиняемый, в отношении которого вынесен обвинительный приговор, именуется осужденным. Обвиняемый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор, является оправданным.

3. Обвиняемый вправе защищать свои права и законные интересы и иметь достаточное время и возможность для подготовки к защите.

4. Обвиняемый вправе:

1) знать, в чем он обвиняется;

2) получить копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого, копию постановления о применении к нему меры пресечения, копию обвинительного заключения или обвинительного акта;

3) возражать против обвинения, давать показания по предъявленному ему обвинению либо отказаться от дачи показаний. При согласии обвиняемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного пунктом 1 части второй статьи 75 настоящего Кодекса;

4) представлять доказательства;

5) заявлять ходатайства и отводы;

6) давать показания и объясняться на родном языке или языке, которым он владеет;

7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

8) пользоваться помощью защитника, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;

9) иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса обвиняемого, без ограничения их числа и продолжительности;

10) участвовать с разрешения следователя в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника либо законного представителя, знакомиться с протоколами этих действий и подавать на них замечания;

11) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта;

12) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела и выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме;

13) снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств;

14) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и принимать участие в их рассмотрении судом;

15) возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным частью второй статьи 27 настоящего Кодекса;

16) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций, а также в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении его меры пресечения и в иных случаях, предусмотренных пунктами 1—3 и 10 части второй статьи 29 настоящего Кодекса;

17) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

18) обжаловать приговор, определение, постановление суда и получать копии обжалуемых решений;

19) получать копии принесенных по уголовному делу жалоб и представлений и подавать возражения на эти жалобы и представления;

20) участвовать в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

21) защищаться иными средствами и способами, не запрещенными настоящим Кодексом.

5. Участие в уголовном деле защитника или законного представителя обвиняемого не служит основанием для ограничения какого-либо права обвиняемого.

6. При первом допросе обвиняемого прокурор, следователь, дознаватель разъясняет ему права, предусмотренные настоящей статьей. При последующих допросах обвиняемому повторно разъясняются его права, предусмотренные пунктами 3, 4, 7 и 8 части четвертой настоящей статьи, если допрос проводится без участия защитника.

1. Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон, а функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга (ст. 15). Состязание противоположных сторон обвинения и защиты предполагает, с одной стороны, право на уголовное преследование, а с другой — право на защиту. Основным его носителем является обвиняемый. Он защищается не от подозрения, а от обвинения, основанного на *достаточных доказательствах* (ч. 1 ст. 171). Чтобы состязание было справедливым, сторона защиты должна иметь равные со стороной обвинения возможности по отстаиванию своих прав и законных интересов. Однако обвиняемому в уголовном процессе, как правило, противостоит слишком мощный противник — *государство* в лице своих органов уголовного преследования, поэтому, чтобы обеспечить фактическое равенство функций обвинения и защиты, закон в рамках права на защиту предоставляет обвиняемому ряд юридических *преимуществ*, главным из которых является презумпция невиновности (см. о ней комм. к ст. 14). Для того чтобы эффективно защищаться от *юридического* обвинения, в помощь обвиняемому предоставляется профессиональный защитник-адвокат, дается возможность точно знать, в чем он обвиняется, и достаточное время для подготовки позиции защиты; он также имеет право представлять лично или посредством заявления ходатайств оправдательные доказательства и доводы и право исследовать доказательства обвинительные. При этом ключевое значение для стороны защиты имеет возможность *непосредственно* исследовать обвинительные доказательства, в т.ч. участвовать в проведении следственных и судебных действий, допрашивать в суде самому или с помощью защитника показывающих против него свидетелей (право на очную ставку). Справедливая судебная процедура нуждается в непредвзятом суде, а также органах уголовного преследования, отсюда — право обвиняемого заявлять отводы, приносить жалобы на решения суда и действия (бездействие) органов уголовного преследования; право на рассмотрение его дела судом обычной (естественной) подсудности (см. о ней комм. к ст. 34, 35). Совокупность названных прав составляет основу процессуального статуса обвиняемого. Все они нашли закрепление в комм. статье, других статьях нового УПК РФ, а также в ряде норм международного права.

2. Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. устанавливает следующие обязательные права обвиняемого в рамках справедливого судебного разбирательства:

1) каждый человек имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в ра-

зумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично;

2) каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком;

3) каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет как минимум следующие права:

a) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения,

b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты,

c) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия,

d) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него,

e) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

3. Понятие обвиняемого в комм. статье УПК используется в узком, технико-юридическом смысле, когда обвиняемым признается лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого или обвинительный акт.

Однако, как указал Конституционный Суд РФ, «под обвинением в смысле статьи 6 Конвенции Европейский Суд по правам человека понимает не только официальное уведомление об обвинении, но и иные меры, связанные с подозрением в совершении преступления, которые влекут серьезные последствия или существенным образом сказываются на положении подозреваемого, т.е. считает необходимым исходить из содержательного, а не формального понимания обвинения... В целях реализации названного конституционного права (*на помощь защитника. — А.С.*) необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. При этом факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии со статьей 51 Конституции РФ права не давать показаний против себя самого). Поскольку такие действия направлены на выявление уличающих лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование, фактов и обстоятельств, ему должна быть безотлагательно предоставлена возможность обратиться за помощью к адвокату (защитнику). Тем самым обеспечиваются условия, позволяющие этому лицу получить должное представление о своих правах и обязанностях, о выдвигаемом против него обвинении и, следовательно, эффективно защищаться, и гарантирующие в дальнейшем от признания недопустимыми полученных в ходе расследования доказательств»[1]. Таким образом, применительно к обеспе-

[1] См. п. 3 Постановления КС РФ от 27.06.2000 г. № 11 по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гр. Маслова.

чению обвиняемому права на защиту существует и *широкое* понятие «обвиняемый», используемое в конституционном и международном праве, когда под обвиняемым подразумевается любое лицо, в отношении которого предпринимаются действия инкриминирующего характера.

4. Право знать, в чем он обвиняется, и иметь достаточное время и возможность для подготовки к защите обеспечивается обвиняемому следующими положениями УПК РФ:

1) обвинение должно быть предъявлено лицу не позднее 3 суток со дня вынесения постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (ч. 1 ст. 172). Этому корреспондирует право обвиняемого получить копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (п. 2 ч.4 ст. 47). Отсюда можно сделать вывод, что копия данного постановления должна быть вручена или направлена обвиняемому не в момент предъявления обвинения, а немедленно после его вынесения, если местонахождение обвиняемого известно;

2) обвиняемый имеет право ознакомиться с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к нему мер процессуального принуждения, решение о которых принимается судом[1];

3) материалы оконченного расследованием уголовного дела должны быть предъявлены обвиняемому, содержащемуся под стражей, и его защитнику не позднее чем за 30 суток до окончания предельных сроков содержания под стражей, установленного ч. 2 и 3 ст. 109 (см. комм. к названной статье).

Если после окончания предварительного следствия материалы уголовного дела были предъявлены обвиняемому и его защитнику позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, то по его истечении обвиняемый подлежит немедленному освобождению. При этом за обвиняемым и его защитником сохраняется право на ознакомление с материалами уголовного дела (ч. 5, 6 ст. 109);

4) рассмотрение уголовного дела в судебном заседании не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта (ч. 2 ст. 233).

5. Право возражать против предъявленного обвинения (п. 3 ч. 4 ст. 47) предполагает выдвижение обвиняемым *доводов в свою защиту*, которые могут состоять как в указании на фактические обстоятельства, так и в выдвижении оправдательных версий. В силу ч. 2 ст. 14 бремя опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения. Таким образом, в предмет показаний обвиняемого входят не только сведения о фактах, но и их оценка, в т.ч. предположения и версии защиты, которые обвинитель, а также суд обязаны проверить в полном объеме, а на обвинителе лежит еще и бремя их опровержения. Если какая-либо оправдательная версия обвиняемого не опровергнута доказательствами, он должен быть признан невиновным.

6. Обвиняемый вправе отказаться от дачи любых показаний (п. 3 ч. 4 ст. 47). Это право объясняется тем, что обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, а бремя доказывания виновности лежит на обвинителе (ч. 2 ст. 14). С данным правом связан ранее не известный нашему законодательству запрет на повторный допрос обвиняемого при его отказе от дачи показаний на первом допросе (ч. 4 ст. 173).

---

[1] См. Определение КС РФ от 12.05.2003 г. № 173-О.

7. Право представлять доказательства обеспечено, помимо дачи показаний и представления обвиняемым доказательств, также правом на заявление ходатайств (п. 5 ч. 4 ст. 47). Принципиально важным при этом является положение об обязательности удовлетворения следователем ходатайств о допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела (ч. 2 ст. 159), а также о том, что суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271).

8. Об обжаловании обвиняемым действий (бездействия) и решений дознавателя, следователя, прокурора и суда см. комм. к гл. 16.

9. Обвиняемый имеет право на реабилитацию (см. о нем комм. к гл. 18). Одним из его проявлений служит право обвиняемого возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 27 УПК.

10. Одной из гарантий состязательности судопроизводства и права обвиняемого на защиту является право обвиняемого (подозреваемого) и его законного представителя и защитника участвовать в судебных заседаниях: при рассмотрении судом об избрании в отношении него мер пресечения в виде заключения под стражу или домашнего ареста, продлении срока содержания под стражей, при решении судом вопроса о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы, а также о временном отстранении от должности (п. 1—3 и 10 ч. 2 ст. 29).

11. Право обвиняемого защищаться иными средствами и способами, не запрещенными УПК РФ (п. 21 ч. 4 ст. 47), предполагает возможность использовать такие средства и методы защиты, которые хотя и не закреплены в УПК, но и не запрещены УПК либо другими законами (например, уголовным), а также не противоречат принципам уголовного судопроизводства. Так, обвиняемый вправе, не нарушая свои процессуальные обязательства, обращаться с целью защиты от обвинения и неправомерных действий органов расследования, прокурора, суда в международные суды, в правозащитные организации, в средства массовой информации, проходить медицинские обследования и т.д.

12. О праве обвиняемого на защиту см. также комм. к ст. 16.

СТАТЬЯ 48
ЗАКОННЫЕ ПРЕДСТАВИТЕЛИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ПОДОЗРЕВАЕМОГО И ОБВИНЯЕМОГО

По уголовным делам о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, к обязательному участию в уголовном деле привлекаются их законные представители в порядке, установленном статьями 426 и 428 настоящего Кодекса.

1. О понятии законного представителя см. п. 9 комм. к п. 12 ст. 5.

2. Об участии законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в ходе досудебного производства по уголовному делу и в судебном заседании, см. комм. к ст. 426, 428.

СТАТЬЯ 49
ЗАЩИТНИК

1. Защитник — лицо, осуществляющее в установленном настоящим Кодексом порядке защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу.

2. В качестве защитников допускаются адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. При производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката.

3. Защитник участвует в уголовном деле:

1) с момента вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2—5 настоящей части;

2) с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица;

3) с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях:

а) предусмотренных статьями 91 и 92 настоящего Кодекса;

б) применения к нему в соответствии со статьей 100 настоящего Кодекса меры пресечения в виде заключения под стражу;

4) с момента объявления лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы;

5) с момента начала осуществления иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления.

4. Адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

5. В случае если защитник участвует в производстве по уголовному делу, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, и не имеет соответствующего допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении.

6. Одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы одного из них противоречат интересам другого.

7. Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого.

1. В части 2 комм. статьи сделано исключение из общего правила о том, что защитниками могут быть только адвокаты. По определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены *наряду с адвокатом* один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый. (О понятии близких родственников см. п. 3 комм. к п. 4 ст. 5.) Например, в одном из своих решений Верховный Суд РФ отказал в допуске в качестве защитника лица, не являющегося адвокатом, на том основании, что в деле не участвует адвокат[1].

[1] См. определение СК по УД ВС РФ № 50-002-65 по делу Шавлина.

Вместе с тем, кроме ходатайства обвиняемого, для этого необходимо соблюдение еще одного условия: близкий родственник или иное лицо должны быть объективно способными оказывать обвиняемому именно *юридическую помощь*, т.к. согласно ч. 1 комм. статьи защитник — это лицо, осуществляющее защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им *юридическую* помощь при производстве по уголовному делу. Закон не требует, чтобы указанные лица обязательно имели официальное юридическое образование, однако суд должен убедиться, что они достаточно разобрались в юридической стороне данного уголовного дела, чтобы, хотя бы с помощью адвоката, оказывать своему подзащитному реальную юридическую помощь. Допуск таких лиц не обязанность, а право суда. При производстве у мирового судьи названные лица допускаются в процесс, как наряду, так и вместо адвоката.

По смыслу ч. 2 комм. статьи допуск в качестве защитников близких родственников и иных лиц предусмотрен лишь в судебных стадиях процесса, поскольку, во-первых, решение принимает суд, а во-вторых, речь идет только об обвиняемом, но не подозреваемом. Обвиняемый же, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, именуется подсудимым (ч. 2 ст. 47).

2. Положение о допуске защитника *с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица* (п. 2 ч. 3 комм. статьи) с учетом обязанностей прокурора, следователя и дознавателя, предусмотренных ч. 2 ст. 16, предполагает, что это право должно быть реально обеспечено. Поэтому представляется, что уже в уведомлении о возбуждении дела, которое в силу ч. 4 ст. 146 сразу же (*в тот же день*) после утверждения прокурором постановления следователя, органа дознания или дознавателя о возбуждении дела направляется подозреваемому, ему должно быть разъяснено право на приглашение или назначение защитника. Иное следует квалифицировать как нарушение права подозреваемого на защиту.

3. В п. 3 ч. 3 комм. статьи говорится об участии защитника в уголовном деле «с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления». Однако при этом сделана оговорка, что такой допуск возможен в случаях, предусмотренных ст. 91 и 92 УПК. Благодаря этому замечанию момент появления защитника в уголовном деле практически может отодвигаться на более позднее время, чем момент фактического задержания, т.е. физического лишения лица свободы передвижения (п. 15 ст. 5). Согласно ч. 1 ст. 92 после доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору в срок не более 3 часов после доставления должен быть составлен протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены права, включая, конечно, и право на помощь защитника. Именно с этого времени задержанный обычно узнает, что обладает таким правом и, следовательно, может начать действия по его реализации. О защитнике же в п. 3 ч. 4 ст. 46, содержание которой разъясняется подозреваемому, сказано, что он вправе «пользоваться помощью защитника и иметь свидание с ним наедине и конфиденциально *до первого допроса подозреваемого*». Но подозреваемый должен быть допрошен *в течение 24 часов* с *момента* фактического задержания (п. 2 ч. 2 ст. 46). Значит, несмотря на указание ч. 2 ст. 48 Конституции РФ на право подозреваемого (обвиняемого) пользоваться помощью защитника с *момента* задержания, а также упоминание в п. 3 ч. 3 ст. 49 УПК о допуске защитника с *момента* фактического задержания, Кодекс косвенно предполагает, что защитник на самом деле появляется не с *момента* физического лишения подозреваемого свободы передвижения, а в течение суток

после этого момента. Представляется, что единственный юридический выход из данного противоречия — разъяснять право на приглашение или назначение защитника непосредственно после лишения подозреваемого свободы передвижения.

4. Пункт 5 ч. 3 комм. статьи имеет в виду подозреваемого не в узком, технико-юридическом, смысле, придаваемом ему ч. 1 ст. 46, а в том смысле, о котором речь идет в п. 2 и 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 г. № 11 по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова. (Более подробно см. об этом в п. 3 комм. к ст. 47.)

5. Согласно п. 4 комм. статьи *адвокат* допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении удостоверения адвоката и ордера. При этом имеется в виду весь комплекс прав и обязанностей адвоката, в т.ч. право иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК (п. 1 ч. 1 ст. 53). Постановлением Конституционного Суда РФ от 25.10.2001 г. № 14-П по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицина и И.В. Москвичева признано не соответствующим Конституции РФ, ее ст. 48 (ч. 2) и 55 (ч. 3), положение п. 15 ч. 2 ст.16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», допускавшее регулирование конституционного права на помощь адвоката (защитника) ведомственными нормативными актами, поскольку это положение — по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой, — служило основанием неправомерных ограничений данного права, ставя реализацию возможности свиданий обвиняемого (подозреваемого) с адвокатом (защитником) в зависимость от наличия специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело. С учетом этого все процессуальные и следственные действия, произведенные после отказа допустить адвоката в место содержания под стражей его подзащитного обвиняемого или подозреваемого по надлежаще оформленному ордеру юридической консультации, следует считать недействительными, а полученные доказательства недопустимыми. Такой вывод вполне созвучен разъяснениям, данным в п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.95 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» о том, что «в соответствии с ч. 2 ст. 48 Конституции Российской Федерации и на основании ст. 47 УПК РСФСР каждый задержанный, заключенный под стражу, имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента объявления ему протокола задержания или постановления о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, а каждый обвиняемый в силу указанной конституционной нормы и на основании ст. 46 УПК РСФСР имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента предъявления обвинения. При нарушении этого конституционного права все показания задержанного, заключенного под стражу, обвиняемого и результаты следственных действий, проведенных с его участием, должны рассматриваться судом как доказательства, полученные с нарушением закона».

6. Допуск защитника к участию в деле, о котором говорится в ч. 4 ст. 49, состоит в предъявлении защитником адвокатского удостоверения или удостоверения личности (для защитников не адвокатов), принятии лицом, ведущим процесс, и приобще-

нии к делу предъявленного адвокатом ордера (доверенности на ведение дела, если защитник не адвокат).

7. Положение ч. 5 комм. статьи закрепляет в законе выводы, сделанные в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27.03.96 г. по делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21.07.93 г. «О государственной тайне», согласно которому порядок участия адвоката в уголовном судопроизводстве, *в т.ч. по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну*, определяется исключительно УПК. Поэтому отказ следователя, дознавателя, прокурора и суда ознакомить защиту с материалами дела в части имеющихся в материалах уголовного дела сведений, составляющих государственную тайну, является нарушением равенства сторон и права обвиняемого на защиту. Это, в частности, относится и к представленным в суд материалам, которые содержат сведения об ОРД, составляющие согласно ст. 12 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» государственную тайну: например, постановлениям руководителей оперативно-розыскных подразделений о проведении оперативно-розыскных мероприятий; материалам, подтверждающим получение судебного разрешения на проведение этих мероприятий и т.д. Если адвокат не имеет допуска к указанным сведениям (что по общему правилу и имеет место), он обязан дать подписку об их неразглашении.

8. Противоречие интересов подозреваемых и обвиняемых, защищаемых одним и тем же защитником, служащее основанием для его отвода или самоотвода (ч. 6 комм. статьи), может выражаться:

— в действиях обвиняемых или подозреваемых, когда, например, один из них дает показания против другого или все они дают показания, изобличающие друг друга в совершении преступления;

— в объективном противоречии их интересов, например если оба подозреваемых (обвиняемых) полностью отрицает свою причастность к совершению преступления, которое по обстоятельствам дела не мог совершить кто-либо другой.

9. Адвокат может отказаться от принятой на себя защиты лишь в форме самоотвода при наличии соответствующих обстоятельств (см. комм. к ст. 72). Запрет, установленный ч. 7 ст. 49, не относится к защитникам, которые не являются адвокатами.

СТАТЬЯ 50
ПРИГЛАШЕНИЕ, НАЗНАЧЕНИЕ И ЗАМЕНА ЗАЩИТНИКА, ОПЛАТА ЕГО ТРУДА

1. Защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого. Подозреваемый, обвиняемый вправе пригласить нескольких защитников.

2. По просьбе подозреваемого, обвиняемого участие защитника обеспечивается дознавателем, следователем, прокурором или судом.

3. В случае неявки приглашенного защитника в течение 5 суток со дня заявления ходатайства о приглашении защитника дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а в случае его отказа принять меры по назначению защитника. Если участвующий в уголовном деле защитник в течение 5 суток не может при-

нять участие в производстве конкретного процессуального действия, а подозреваемый, обвиняемый не приглашает другого защитника и не ходатайствует о его назначении, то дознаватель, следователь вправе произвести данное процессуальное действие без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2—7 части первой статьи 51 настоящего Кодекса.

4. Если в течение 24 часов с момента задержания подозреваемого или заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу явка защитника, приглашенного им, невозможна, то дознаватель, следователь или прокурор принимает меры по назначению защитника. При отказе подозреваемого, обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого, обвиняемого могут быть произведены без участия защитника, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2—7 части первой статьи 51 настоящего Кодекса.

5. В случае если адвокат участвует в производстве предварительного расследования или судебном разбирательстве по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда, расходы на оплату его труда компенсируются за счет средств федерального бюджета.

1. Как следует из содержания комм. статьи, закон использует понятия: *«приглашение защитника», «обеспечение участия защитника»* и *«назначение защитника».* Приглашение осуществляется самим подозреваемым или обвиняемым или его законным представителем по своему усмотрению. (О понятии законного представителя см. п. 9 комм. к п. 12 ст. 5.) Другие лица (исключая законного представителя) могут приглашать защитника лишь по *поручению или с согласия* подозреваемого, обвиняемого. Если подозреваемый или обвиняемый имеют законного представителя ввиду того, что являются несовершеннолетними, то их поручение или согласие на совершение сделки по приглашению защитника требуют получения письменного подтверждения от их законного представителя в силу требований ч. 1 ст. 26 *ГК*. Если выяснится, что лицо, совершившее уголовно противоправное деяние, было признано недееспособным, то приглашение защитника или дача поручения или согласия на его приглашение является исключительным правом его опекуна (ч. 2 ст. 29 *ГК*). Однако по буквальному смыслу ч. 1 комм. статьи пригласить *несколько защитников* могут только сами обвиняемый или подозреваемый, что вряд ли оправданно. Приглашение защитника должно производиться по письменному или устному (с занесением в протокол соответствующего следственного или иного процессуального действия) ходатайству подозреваемого или обвиняемого, причем не только тогда, когда они содержатся под стражей, но и во всех других случаях, поскольку с моментом заявления такого ходатайства закон может связывать сроки для назначения защитника (см. об этом п. 3 настоящего комм.). Неизвещение об этих ходатайствах близких родственников подозреваемого или обвиняемого в решениях Верховного Суда РФ по конкретным делам рассматривалось как нарушение права обвиняемого на защиту[1]. Представляется, что следователь, дознаватель и суд обязаны довести сведения о таком ходатайстве не только до близких родственников, но и до законных представителей (лиц, могущими быть ими признанными), а также до иных лиц, указанных подозреваемым или обвиняемым в своем ходатайстве.

---

[1] БВС РФ. 1989. № 10. С. 7.

2. По просьбе подозреваемого или обвиняемого участие защитника может *обеспечиваться* дознавателем, следователем, прокурором и судом. Обеспечение участия защитника отличается от его приглашения тем, что: а) субъектами обеспечения являются дознаватель, следователь, прокурор и суд; б) оно производится не *по поручению* (которое подозреваемый или обвиняемый не может давать лицам, ведущим процесс), а лишь по его *просьбе*. Практический смысл такого разграничения очевиден. Поручение пригласить защитника регулируется гл. 49 *ГК* и связано с заключением договора поручения (письменного или устного). Поверенный обязан лично исполнить поручение; сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения; передавать доверителю без промедления все полученное по сделке, совершенной во исполнение поручения (например, письменное соглашение с адвокатом) и т.д. (ст. 974 *ГК*). Приглашение защитника без поручения, но *с согласия* подозреваемого или обвиняемого охватывается нормами гл. 50 *ГК* («Действие в чужом интересе без поручения»). В частности, лицо, действовавшее в чужом интересе, на какое-то время принимает на себя обязательства по заключенной, в т.ч. возмездной сделке (ст. 986 *ГК*), и по окончании действий в чужом интересе обязано предоставить лицу, в чьих интересах оно действовало, отчет (ст. 989 *ГК*). Все эти положения неприменимы к взаимоотношениям подозреваемого (обвиняемого) и следователя, дознавателя, прокурора и суда. Обеспечение участия защитника названными лицами есть сугубо процессуальный институт и не порождает для них гражданско-правовых обязательств, хотя они и действуют по просьбе и в интересах подозреваемого или обвиняемого. Вместе с тем получение согласия подозреваемого и обвиняемого на участие в деле защитника, представленного в порядке обеспечения, обязательно. Обеспечение участия защитника может осуществляться как в форме его назначения дознавателем, следователем, прокурором и судом, так и создания условий для приглашения защитника другими лицами. Дознаватель, следователь, прокурор, суд обязаны предоставить подозреваемому и обвиняемому по его просьбе возможность *связаться с адвокатом* (принцип 18 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме) с целью реализации права на *выбор им самим конкретного защитника* (подп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод), либо в порядке, установленном ст. 96 УПК РФ, — с родственниками и иными лицами, которые сделают это по поручению подозреваемого или обвиняемого. При отсутствии у подозреваемого и обвиняемого родственников и иных доверенных лиц дознаватель, следователь, прокурор или суд по просьбе подозреваемого или обвиняемого также могут связаться с конкретным защитником, если о реальной возможности его участия в деле сообщает подозреваемый и обвиняемый, и выяснить вопрос о его участии.

3. *Назначение* защитника осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом также *при неявке* защитника в течение 5 суток со дня заявления ходатайства подозреваемого или обвиняемого о его приглашении. Но в таком случае дознаватель, следователь, прокурор или суд сначала предлагают подозреваемому или обвиняемому пригласить другого защитника, а если тот откажется это сделать, принять меры по *назначению* защитника. Подобным же образом вопрос о замене защитника решается и в статьях, посвященных окончанию предварительного следствия и судебному разбирательству (ст. 215, 248).

В части 3 комм. статьи говорится, что дознаватель, следователь, прокурор и суд *вправе* сделать такое предложение, однако поскольку последующие меры по назначению защитника могут быть предприняты ими только при условии отказа подозреваемого или обвиняемого от этого предложения, то это, скорее, их обязанность.

Аналогичное правило действует и в отношении *уже допущенного* к участию в деле защитника, который в течение 5 дней *не может* по каким-либо причинам принять участия в производстве конкретного процессуального действия. Следует иметь в виду, что согласно п. 5 ч. 1 ст. 53 защитник имеет право участвовать в проведении следственных действий только тогда, когда об этом заявлено ходатайство подозреваемым (обвиняемым) либо самим защитником. Существенное отличие от общего порядка состоит здесь в том, что дознаватель или следователь *не всегда* должны ждать 5 суток, прежде чем начать производство процессуального действия, т.к. закон говорит не *о неявке* защитника, а о том, что он *не может принять участия* в процессуальном действии. Поэтому если будет установлено, что защитник на это время занят в другом деле или болен, или имеет другие уважительные причины для неявки в течение 5 суток, а подозреваемый и обвиняемый не ходатайствуют о предоставлении им возможности пригласить другого защитника или о назначении его следователем и дознавателем, то процессуальное действие может быть проведено без защитника, за исключением случаев, когда участие защитника обязательно (п. 2—7 ч. 1 ст. 51). Из содержания данного предписания не вполне ясно, должны ли следователь и дознаватель в подобной ситуации предлагать подозреваемому и обвиняемому пригласить или назначить другого защитника для проведения процессуального действия либо они могут после извещения защитника о времени и месте его проведения просто молчаливо выжидать 5 суток, а потом действовать без участия защитника? Представляется, что они обязаны предложить подозреваемому и обвиняемому пригласить или назначить им защитника в силу общего правила о том, что права не предполагаются, а разъясняются (ч. 1 ст. 11). В противном случае не исключена ситуация *вынужденного отказа от защитника*, т.к. подозреваемый и обвиняемый могут не приглашать другого защитника и не ходатайствовать о его назначении либо из-за юридической неосведомленности, либо из-за недостатка средств на вторичную оплату гонорара новому адвокату. Необходимо учитывать, что отказ обвиняемого (подсудимого) от услуг не явившегося в судебное заседание защитника в практике Верховного Суда РФ ранее всегда рассматривался как вынужденный и нарушающий право обвиняемого на защиту[1]. То же самое можно сказать и об иных формах отказа от защитника при фактическом необеспечении возможности его участия в процессе[2].

4. Часть 4 комм. статьи предусматривает более жесткие правила предоставления защитника при задержании подозреваемого или заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу. Если выяснится, что явка приглашенного ими защитника невозможна в 24-часовой срок с момента задержания или заключения под стражу, защитник обеспечивается в порядке назначения, без предложения подозреваемому и обвиняемому пригласить другого защитника. При отказе подозреваемого или обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого или обвиняемого, согласно данной норме, могут производиться и без участия

---

[1] БВС РФ. 1990. № 12. С. 2 и др.

[2] БВС РФ. 1984. № 5. С. 10; 1988. № 12. С. 11; 1989. № 4. С. 10 и др.

защитника. По-видимому, установление этого правила объясняется, в частности, необходимостью допроса задержанного в течение 24 часов (ч. 2 ст. 46). Однако данную норму нельзя признать удачной, т.к. она также создает опасность вынужденного отказа от защитника и нарушения права на защиту. Отказ подозреваемого или обвиняемого от конкретного защитника, в т.ч. назначенного, не равнозначен отказу от защитника вообще. Если защитник по назначению не устраивает подозреваемого или обвиняемого ввиду его низкой юридической квалификации, моральных качеств либо той позиции, которую он предлагает занять клиенту, подозреваемый или обвиняемый вправе отказаться от его услуг. Это не должно отрицательно сказываться на его процессуальном положении, чего не учитывает данная норма. Представляется, что если в подобной ситуации имеет место отказ от назначенного защитника, дознаватель, следователь, прокурор или суд обязаны выяснить у подозреваемого и обвиняемого, чем вызван его отказ от назначенного защитника, разъяснить ему сущность и юридические последствия *вынужденного отказа* и при подтверждении такового предложить вновь заменить защитника, даже если это повлечет за собой пропуск 24-часового срока для первого допроса задержанного. Право на защиту — большая ценность, чем соблюдение процессуального срока, тем более что последний и установлен главным образом с целью обеспечения права на защиту.

5. В УПК РФ отсутствует норма, которая содержалась в УПК РСФСР (ч. 7 ст. 47), о том, что заведующий юридической консультацией или президиум коллегии адвокатов обязаны выделить адвоката для осуществления защиты подозреваемого или обвиняемого при получении уведомления о назначении.

6. Согласно п. 5 комм. статьи при участии защитника по назначению расходы на оплату его труда *компенсируются* за счет средств федерального бюджета. О бесплатном пользовании помощью защитника подозреваемым и обвиняемым говорится в ч. 4 ст. 16 и п. 8 ч. 4 ст. 47. При этом имеется в виду, что расходы по оплате его труда берет на себя государство. Размер оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, составляет за один день участия не менее $^1/_4$ МРОТ и не более минимального размера оплаты труда, предусмотренного законодательством РФ для регулирования оплаты труда, а также для определения размеров пособий по временной нетрудоспособности. При определении размера оплаты труда адвоката учитывается сложность уголовного дела. При определении сложности уголовного дела учитываются подсудность, число и тяжесть вменяемых преступлений, количество подозреваемых, обвиняемых (подсудимых), объем материалов дела, необходимость выезда адвоката в процессе ведения дела в другой населенный пункт и другие обстоятельства. Оплата труда адвоката производится по его заявлению на основании постановления (определения) органа дознания, органа предварительного следствия, прокурора или суда. При длительном участии адвоката в качестве защитника постановление (определение) об оплате труда адвоката выносится ежемесячно (с учетом фактически отработанных дней). Постановление (определение) об оплате труда адвоката, заверенное печатью органа дознания, органа предварительного следствия, прокуратуры или суда, направляется в соответствующую финансовую службу (орган) для перечисления указанных в нем средств на текущий (расчетный) счет адвокатского образования. Перечисление средств на текущий (расчетный) счет адвокат-

ского образования осуществляется в течение 30 дней с даты получения постановления (определения)[1].

7. Процессуальные издержки, связанные с участием в уголовном деле адвоката по назначению, могут быть взысканы судом с осужденного[2].

СТАТЬЯ 51
ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА

1. Участие защитника в уголовном судопроизводстве обязательно, если:

1) подозреваемый, обвиняемый не отказался от защитника в порядке, установленном статьей 52 настоящего Кодекса;

2) подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним;

3) подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

3.1) судебное разбирательство проводится в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса *(п. 3.1 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***;**

4) подозреваемый, обвиняемый не владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу;

5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы на срок свыше пятнадцати лет, пожизненное лишение свободы или смертная казнь;

6) уголовное дело подлежит рассмотрению судом с участием присяжных заседателей;

7) обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном главой 40 настоящего Кодекса.

2. В случаях, предусмотренных пунктами 1—5 части первой настоящей статьи, участие защитника обеспечивается в порядке, установленном частью третьей статьи 49 настоящего Кодекса, а в случаях, предусмотренных пунктами 6 и 7 части первой настоящей статьи, — с момента заявления хотя бы одним из обвиняемых ходатайства о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей либо ходатайства о рассмотрении уголовного дела в порядке, установленном главой 40 настоящего Кодекса.

3. Если в случаях, предусмотренных частью первой настоящей статьи, защитник не приглашен самим подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, то дознаватель, следователь, прокурор или суд обеспечивает участие защитника в уголовном судопроизводстве.

1. По сравнению со ст. 49 и некоторыми другими статьями УПК РСФСР, которые регулировали случаи обязательного участия защитника (ст. 426), в комм. статье нового Кодекса имеются существенные новации. Так, признается обязательным участие защитника, если:

---

[1] См. постановление Правительства РФ от 4.07.2003 г. № 400. «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» // СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2925.

[2] См. определение СК по УД ВС РФ. № 52-О04-13 по делу Мюсова.

— в деле нет письменного заявления подозреваемого или обвиняемого об отказе от помощи защитника (п. 1 ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52);

— подозреваемый или обвиняемый лишь является несовершеннолетним, хотя не предусмотрено, что право на обязательное участие защитника сохраняется за несовершеннолетним обвиняемым (подозреваемым), который совершил инкриминируемое деяние до совершеннолетия, но достиг в ходе уголовного судопроизводства возраста 18 лет (п. 2 ч. 1 ст. 51);

— лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначена не только смертная казнь, но и лишение свободы на срок свыше 15 лет или пожизненное лишение свободы (п. 5 ч. 1 ст. 51);

— хотя бы один из обвиняемых заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, причем если раньше защитник обязательно должен был участвовать уже при объявлении обвиняемому об окончании предварительного следствия и предъявлении для ознакомления материалов дела (ч. 1 ст. 426 УПК РСФСР), то теперь его обязательное вступление в дело приходится на более позднее время, а именно на момент заявления обвиняемым ходатайства о рассмотрении дела судом присяжных (ч. 2 ст. 51 УПК РФ), что по смыслу ч. 4—5 ст. 217 УПК имеет место уже после ознакомления с материалами дела;

— хотя бы один из обвиняемых заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, установленном гл. 40 УПК.

В соответствии с ч. 6 ст. 247 УПК РФ (введ. ФЗ от 27.07.2006) участие защитника в заочном судебном разбирательстве, обязательно. Защитник приглашается подсудимым. Подсудимый вправе пригласить несколько защитников. При отсутствии приглашенного подсудимым защитника суд принимает меры по назначению защитника.

2. Физические или психические недостатки, о которых идет речь в п. 3 ч. 1 комм. статьи, — недостатки или заболевания, в силу которых подозреваемый, обвиняемый не может *самостоятельно* осуществлять свое право на защиту, т.е. препятствующие личной реализации прав подозреваемого, обвиняемого в том случае, если бы он лишился помощи защитника и законного представителя. Физические недостатки — это, прежде всего, такие дефекты или заболевания, как немота, глухота, слепота или болезнь зрения, а равно физические дефекты и увечья, существенно ограничивающие способность к передвижению, в силу которых обвиняемый и подозреваемый испытывает дополнительные затруднения, например, при возникновении у него необходимости посещения следователя, прокурора, судьи для подачи жалоб, заявления ходатайств или ознакомления с материалами дела (отсутствие или болезнь ног, нарушение двигательных функций). Физические недостатки — это не только дефекты и увечья, но и наличие у подозреваемого или обвиняемого острого или хронического тяжелого заболевания, из-за которого он не может правильно воспринимать и оценивать ход и результаты следственных и иных процессуальных действий. Физические недостатки, не препятствующие реализации процессуальных прав, даже если они имеют весьма серьезный характер (например, отсутствие руки, которой обвиняемый не пользуется при письме), не являются основанием для обязательного участия защитника. Психическими недостатками, требующими обязательного участия защитника, следует считать и такие психические расстройства, которые не исключают вменяемости подозреваемого или обвиняемого. В неочевидных случаях для решения этого вопроса необходимо получение медицинского заключения (по аналогии с п. 3 ч. 1 ст. 298)

либо даже проведение судебной экспертизы. При этом следует иметь в виду, что все сомнения толкуются в пользу обвиняемого или подозреваемого. Поэтому даже сам факт назначения подобной экспертизы может служить поводом для обеспечения помощи защитника в обязательном порядке, как это имеет место при производстве о применении принудительных мер медицинского характера (ст. 438).

3. Рассмотрение уголовного дела без участия защитника в случаях, предусмотренных комм. статьей, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 4 ч. 2 ст. 381).

4. Обязательное участие защитника может быть обеспечено как в порядке приглашения защитника подозреваемого, обвиняемого или других лиц (ч. 1 ст. 50), так и по назначению (ч. 3, 4 ст. 50).

СТАТЬЯ 52
ОТКАЗ ОТ ЗАЩИТНИКА

1. Подозреваемый, обвиняемый вправе в любой момент производства по уголовному делу отказаться от помощи защитника. Такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого или обвиняемого. Отказ от защитника заявляется в письменном виде. Если отказ от защитника заявляется во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе данного следственного действия.

2. Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора и суда.

3. Отказ от защитника не лишает подозреваемого, обвиняемого права в дальнейшем ходатайствовать о допуске защитника к участию в производстве по уголовному делу. Допуск защитника не влечет за собой повторения процессуальных действий, которые к этому моменту уже были произведены.

1. Обвиняемый (подозреваемый) вправе *отказаться* от помощи защитника. Следует различать отказ от услуг конкретного защитника и отказ от помощи любого защитника вообще. Отказ от конкретного защитника предусмотрен ст. 50 и может повлечь за собой *замену* защитника (см. комм. к этой статье). Отказ от помощи любого защитника имеет своим непосредственным следствием не замену защитника, а либо осуществление своей защиты подозреваемым и обвиняемым самостоятельно, либо неудовлетворение этого ходатайства лицом, ведущим процесс.

2. Отказ подозреваемого, обвиняемого от помощи защитника допускается только по инициативе самого подозреваемого или обвиняемого. Отказ от защитника заявляется в письменном виде. Если отказ от защитника заявляется во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе данного следственного действия (ч. 1 комм. статьи). Письменное заявление подозреваемого или обвиняемого об отказе от защитника, на наш взгляд, должно иметь форму отдельного документа, причем как на досудебном производстве, так и при рассмотрении дела в суде (если оно сделано не в ходе проведения следственного действия). Когда в судебном заседании заявление об отказе от защитника сделано при проведении следственного действия, подсудимому должна быть предоставлена возможность собственноручно

расписаться в протоколе судебного заседания под соответствующей записью об отказе. Вместе с тем оформление заявления об отказе от защитника собственноручной записью подозреваемого или обвиняемого в конце протокола следственного действия не вполне согласуется с ч. 6 ст. 166, которая предусматривает право участников следственного действия делать лишь подлежащие внесению в протокол замечания *о его дополнении и уточнении*. Полагаем, что если подозреваемый или обвиняемый в силу физических недостатков или состояния здоровья не может собственноручно сделать или хотя бы подписать в протоколе заявление об отказе от защитника, то отказ в этом случае юридически ничтожен.

Закон не требует непременного присутствия защитника, если заявление сделано подозреваемым или обвиняемым до начала следственного или иного процессуального действия. Если же подозреваемый, обвиняемый отказался от услуг защитника в его присутствии, к материалам дела следует приложить ордер защитника, т.к. это подтверждает наличие у подозреваемого или обвиняемого реальной возможности воспользоваться его помощью.

3. Отказ от защитника может быть сделан лишь *по инициативе* самого подозреваемого или обвиняемого, что подтверждается его собственноручным заявлением и соответствующей записью в протоколе соответствующего процессуального действия. Дознавателем, следователем, прокурором и судом должны выясняться причины отказа подозреваемого или обвиняемого от защитника. Когда отказ заявлен при рассмотрении дела в судебном заседании, суд должен выслушать мнение других участников судебного разбирательства и принять решение в порядке ст. 271. В судебной практике считается существенным нарушением уголовно-процессуального закона, если суд не обсудил заявленный обвиняемым отказ от защитника[1]. Мотивами отказа от защитника могут служить: недоверие к институту защитников, стремление защищать себя самостоятельно, нежелание тратить деньги на оплату услуг адвоката и т.п.

4. Как *вынужденный отказ от защитника* рассматривается в судебной практике такая ситуация, когда подсудимый отказывается от помощи защитника либо соглашается на предложение рассматривать дело без участия защитника единственно вследствие того, что судом не обеспечена реальная возможность участия адвоката в судебном заседании[2]. Данное положение распространяется и на досудебное производство, в т.ч. деятельность органов предварительного расследования и прокурора. Если выяснится вынужденный характер отказа (ввиду неявки защитника, отсутствия средств на его оплату и т.д.), дознаватель, следователь и суд обязаны обеспечить участие защитника и разъяснить подозреваемому и обвиняемому в установленных законом случаях возможность бесплатного оказания помощи защитника.

5. Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора. Положение ч. 2 ст. 52 о необязательности для дознавателя, следователя, прокурора и суда отказа от защитника не означает, что отказ в случаях, предусмотренных п. 2—7 ч. 1 ст. 51 и ч. 4 ст. 247, должен быть обязательно отклонен. Отклонение отказа от защитника — право, а не обязанность лиц, ведущих процесс. Однако мотивы отказа от защитника и реальная способность подозреваемого и обвиняемого самостоятельно защищать свои права и интересы должны быть внимательно исследованы и оцене-

---

[1] БВС РФ. 1976. № 2. С. 9 и др.

[2] БВС РФ. 1990. № 12. С. 2; 1995. № 9. С. 11 и др.

ны, принимая во внимание, что лица, указанные в п. 2—7 ч. 1 ст. 51, особенно нуждаются в защите.

6. Ссылка в ч. 2 комм. статьи на ч. 4 ст. 247 УПК имеет в виду случаи, когда по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести допускается судебное разбирательство в отсутствие подсудимого, если подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие. Когда подсудимый при этом заявляет и отказ от защитника, суд вправе его отклонить, ибо интересы подсудимого требуют здесь особых гарантий.

7. Если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета (ч. 4 ст. 132).

СТАТЬЯ 53
ПОЛНОМОЧИЯ ЗАЩИТНИКА

1. С момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе:

1) иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с пунктом 3 части четвертой статьи 46 и пунктом 9 части четвертой статьи 47 настоящего Кодекса;

2) собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном частью третьей статьи 86 настоящего Кодекса;

3) привлекать специалиста в соответствии со статьей 58 настоящего Кодекса;

4) присутствовать при предъявлении обвинения;

5) участвовать в допросе подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных действиях, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника в порядке, установленном настоящим Кодексом;

6) знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому;

7) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения в любом объеме, снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств;

8) заявлять ходатайства и отводы;

9) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций, а также в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора;

10) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда и участвовать в их рассмотрении судом;

11) использовать иные не запрещенные настоящим Кодексом средства и способы защиты.

2. Защитник, участвующий в производстве следственного действия, в рамках оказания юридической помощи своему подзащитному вправе давать ему

в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол.

3. Защитник не вправе разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования защитник несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. Цели защитника в уголовном процессе состоят в следующем: а) выявление обстоятельств, *оправдывающих* подозреваемого или обвиняемого, *смягчающих* их ответственность, б) оказание им необходимой *юридической помощи и* достижение *наиболее благоприятных процессуальных для них решений* по данному делу. Задачами защитника по реализации указанных целей являются: выработка совместно со своим подзащитным позиции и плана защиты, определение способов и средств защиты, т.е. тех процессуальных действий, которые необходимо выполнить, и тех доказательств, которые необходимо приобщить к делу и исследовать. Для достижения этих целей закон наделяет защитника *процессуальными полномочиями,* которые сформулированы в комм. статье. Защитник, в отличие от обвиняемого, *обязан доказывать невиновность* своего подзащитного, однако так же, как и обвиняемый, не несет бремя доказывания по делу. Это означает, что все сомнения относительно фактических обстоятельств дела толкуются в пользу стороны защиты, поэтому защитнику достаточно доказать оправдывающие обвиняемого обстоятельства таким образом, чтобы они оставались установленными, *как минимум*, с вероятностью.

2. Существенной новацией является предусмотренное в п. 1 ч. 1 комм. статьи право защитника *собирать* и представлять доказательства, в то время как по УПК РСФСР декларировалось право защитника лишь представлять доказательства. Фактически речь в УПК РСФСР шла о представлении защитником лишь предметов и документов, которые могли стать доказательствами в случае их приобщения к делу по ходатайству защитника органом дознания, следователем и судом (о собирании защитником доказательств см. комм. к ст. 86).

3. Новым полномочием защитника является также его право привлекать специалиста (см. о нем комм. к ст. 58). Делать это он может в порядке ст. 58, ч. 3, 4 ст. 80; ст. 168, 270, Так, защитник может заявить ходатайство о привлечении к участию в следственных действиях, проводимых с его участием, приглашенного им специалиста. Согласно ч. 4 ст. 271 суд обязан удовлетворить ходатайство о допросе в судебном заседании лица в качестве специалиста, явившегося в суд по инициативе той или иной стороны. Кроме того, защитником, в частности, может быть представлено письменное заключение специалиста (ч. 3 ст. 80).

4. Защитник имеет право присутствовать при предъявлении обвинения (п. 4 ч. 1). Термин «присутствовать» не означает, что защитник лишь пассивно наблюдает за предъявлением обвинения. Он вправе знакомиться с постановлением о привлечении лица в качестве обвиняемого, снимать с него копии или делать выписки, при необхо-

димости разъяснять подзащитному сущность обвинения, его права и обязанности, обсуждать с ним наедине и конфиденциально, в т.ч. до первого допроса, правовую позицию, которую необходимо занять по предъявленному обвинению.

5. Защитник имеет право участвовать во всех допросах защищаемого им подозреваемого или обвиняемого. В отношении иных следственных действий с участием подозреваемого или обвиняемого установлено новое правило о том, что защитник принимает в них участие лишь в случаях, если он или его подзащитный заявят об этом ходатайство (п. 5 ч. 1).

Согласно нормам УПК при проведении следственных действий защитник может:

— давать своему подзащитному в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести отведенные вопросы в протокол (ч. 2 комм. статьи);

— делать заявления (ч. 4 ст. 166), подлежащие занесению в протокол следственного действия, письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе о его дополнении и уточнении (ч. 3 ст. 53, ч. 6 ст. 166);

— имеет право на предъявление ему всего обнаруженного и изъятого при осмотре (ч. 4 ст. 177);

— с разрешения следователя присутствовать при обыске (ч. 11 ст. 182);

— знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и ходатайствовать о внесении в него дополнительных вопросов эксперту; заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении; ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении; присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту; знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта (ч. 1 ст. 198);

— участвовать в исследовании доказательств в судебном разбирательстве (ч. 1 ст. 248).

6. Согласно сложившейся судебной практике признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона неизвещение защитника о проведении следственных действий, если он заявлял ходатайство о намерении в них участвовать[1].

7. В пункте 6 ч. 1 комм. статьи упоминаются иные (помимо протокола задержания, постановления о применении меры пресечения и протоколов следственных действий с участием подозреваемого, обвиняемого) документы, которые *предъявлялись или должны были предъявляться подозреваемому и обвиняемому* и с которыми также имеет право знакомиться защитник. Прежде всего, следует отметить, что защитнику, обвиняемому и подозреваемому должны предъявляться все решения, которые могут быть обжалованы ими в суд, а также документы, которые подтверждают законность и обоснованность применения к обвиняемому мер процессуального принуждения, решение о которых принимается судом. Как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, «непременной составляющей права на судебную защиту является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение относительно позиции,

[1] БВС РФ. 1997. № 2. С. 18 и др.

занимаемой противоположной стороной, и приводимых ею доводов; без ознакомления с вынесенным в отношении заинтересованного участника процесса решением и его обоснованием он не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу в суд, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам»[1]. Кроме того, в Постановлении от 27.06.2000 г. № 11-п по делу Маслова Конституционный Суд РФ также указал, что «отказ защитнику в ознакомлении с материалами следствия, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым, как и ограничение права защитника выписывать из материалов, с которыми он был ознакомлен до окончания следствия, любые сведения и в любом объеме не имеют разумного основания, не могут быть оправданы интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод».

С учетом сказанного в п. 6 ч. 1 ст. 53 имеются в виду такие документы, как: постановление о возбуждении уголовного дела, постановления о привлечении в качестве обвиняемого, о назначении экспертизы, о продлении сроков содержания под стражей и сроков предварительного расследования; документы, подтверждающие законность и обоснованность применения мер пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста; а также другие материалы доследственной проверки и предварительного расследования, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым. Об ознакомлении защитника с данными материалами составляется протокол (приложение 127 к ст. 476 УПК).

8. Пунктом 11 ч. 1 комм. статьи защитнику предоставлено право использовать иные, не запрещенные УПК средства и способы защиты. Применение таких средств и способов ограничено, в частности, запретом разглашать данные предварительного расследования, ставшие известными защитнику в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК (ч. 2 ст. 53). Как представляется, к числу этих средств и способов можно отнести следующие:

— обращение в средства массовой информации, в правозащитные организации и в международные суды;

— проведение медицинских обследований подозреваемого и обвиняемого и получение соответствующих заключений;

— открытое использование в ходе проведения следственных действий и судебных заседаний фотографирования, киносъемки (получение изображения движущихся объектов на светочувствительной пленке), видеозаписи и звукозаписи. В соответствии с ч. 5 ст. 241 «проведение фотографирования, видеозаписи, киносъемки допускается с разрешения председательствующего в судебном заседании и с согласия сторон, если это не создает препятствий для судебного разбирательства». В отношении звуко- или аудиозаписи, в ч. 5 ст. 241 предусмотрен не разрешительный, а явочный порядок: «Проведение аудиозаписи не допускается, если это создает препятствие для судебного разбирательства».

---

[1] Определения КС РФ от 21.12.2000 г. № 285-О; от 12.05.2003 г. № 173-О.

СТАТЬЯ 54
ГРАЖДАНСКИЙ ОТВЕТЧИК

1. В качестве гражданского ответчика может быть привлечено физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации несет ответственность за вред, причиненный преступлением. О привлечении физического или юридического лица в качестве гражданского ответчика дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение.

2. Гражданский ответчик вправе:

1) знать сущность исковых требований и обстоятельства, на которых они основаны;

2) возражать против предъявленного гражданского иска;

3) давать объяснения и показания по существу предъявленного иска;

4) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса. При согласии гражданского ответчика дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний;

5) давать показания на родном языке или языке, которым он владеет, и пользоваться помощью переводчика бесплатно;

6) иметь представителя;

7) собирать и представлять доказательства;

8) заявлять ходатайства и отводы;

9) знакомиться по окончании предварительного расследования с материалами уголовного дела, относящимися к предъявленному гражданскому иску, и делать из уголовного дела соответствующие выписки, снимать за свой счет копии с тех материалов уголовного дела, которые касаются гражданского иска, в том числе с использованием технических средств;

10) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций *(в ред. ФЗ от 09.01.2006 № 13-ФЗ)***;**

11) выступать в судебных прениях;

12) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда в части, касающейся гражданского иска, и принимать участие в их рассмотрении судом;

13) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;

14) обжаловать приговор, определение или постановление суда в части, касающейся гражданского иска, и участвовать в рассмотрении жалобы вышестоящим судом;

15) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения, если они затрагивают его интересы.

3. Гражданский ответчик не вправе:

1) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд;

2) разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования гражданский ответчик несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. По буквальному смыслу определения гражданского ответчика, данного в ч. 1 комм. статьи, им должен быть, в первую очередь, обвиняемый (осужденный), поскольку в соответствии с *ГК* ответственность за вред, причиненный преступлением личности или имуществу гражданина или имуществу юридического лица несет *лицо, причинившее такой вред* (п. 1 ст. 1064). Кроме того, в качестве гражданского ответчика могут быть привлечены и другие — третьи лица, которые, не являясь сами причинителями вреда, в силу закона обязаны возместить вред, причиненный деянием, по поводу которого ведется уголовное судопроизводство.

2. Юридическими или физическими лицами, которые в соответствии с *ГК* несут вместо обвиняемого ответственность за вред, причиненный преступлением, являются:

1) юридические или физические лица, если вред был причинен обвиняемым, являвшимся их работником, при исполнении своих трудовых (служебных, должностных) обязанностей как на основании трудового договора (контракта), так и по гражданско-правовому договору, если они при этом действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического или физического лица и под его контролем за безопасным ведением работ. Хозяйственные товарищества (полные товарищества и товарищества на вере) и производственные кооперативы возмещают также вред, причиненный их участниками (членами) при осуществлении последними предпринимательской, производственной или иной деятельности товарищества или кооператива (ст. 1068 *ГК*). Однако если вред был причинен работником во время исполнения своих обязанностей, но *не в связи с ними* (например, в ходе его хулиганских действий, бытовой ссоры и т.д.), то ответственность не может возлагаться на указанных лиц;

2) юридические лица и граждане — владельцы источника повышенной опасности, посредством которого обвиняемым был причинен вред потерпевшему. Однако следует иметь в виду, что ответственность на таких гражданских ответчиков может быть возложена лишь в тех случаях, если *они не докажут*, что: а) вред причинен вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего либо б) источник повышенной опасности выбыл из их владения в результате противоправных действий обвиняемого, который противоправно завладел таким источником (ст. 1079 *ГК*). Если же выяснится, что источник повышенной опасности выбыл из владения не противоправно (например, в результате добровольной его передачи обвиняемому), его владелец должен нести ответственность. Также он может нести ответственность и тогда, когда имеется вина (как правило, в форме неосторожности) владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания, в частности когда не была обеспечена надлежащая охрана или присмотр за источником повышенной опасности (п. 2 ст. 1079 *ГК*). В этом случае на каждого из причинителей вреда судом может быть возложена ответственность за вред в долевом порядке, в зависимости от степени вины каждого из них. Не признается владельцем источника

повышенной опасности и не несет перед потерпевшим ответственности за вред, причиненный преступником, лицо, эксплуатировавшее источник в качестве работника его владельца;

3) страховая организация, в которой обвиняемый (например, в совершении нарушения правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, предусмотренного ст. 264 *УК*) застраховал свою ответственность в порядке добровольного или обязательного страхования в пользу возможных в будущем потерпевших, но которая оспаривает свою обязанность выплатить потерпевшему страховое возмещение. Если страховое возмещение недостаточно для полного возмещения причиненного потерпевшему вреда, обвиняемый должен будет возместить ему разницу между страховым возмещением и фактическим размером ущерба (ст. 1072 *ГК*);

4) родители (усыновители) или попечители (граждане или соответствующее воспитательное, лечебное учреждение, учреждение социальной защиты населения и др., которое в силу закона является попечителем) несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет. Однако ответственность на таких гражданских ответчиков может быть возложена судом лишь в тех случаях, если: а) у самого несовершеннолетнего нет доходов или иного имущества, *достаточных* для возмещения вреда (субсидиарная ответственность) либо б) родители (усыновители) или попечители *не докажут*, что вред возник не по их вине (ст. 1074 *ГК*). Под виной в данном случае следует понимать как неосуществление должного надзора за несовершеннолетними, так и безответственное отношение к их воспитанию или неправомерное использование своих прав по отношению к детям, результатом которого явилось неправильное поведение детей, повлекшее вред (попустительство или поощрение озорства, хулиганских действий, безнадзорность детей, отсутствие к ним внимания и т.д.). Под виной воспитательных, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и т.д. понимается неосуществление ими должного надзора за несовершеннолетним в момент причинения вреда. Если будет установлено, что причинение несовершеннолетним вреда имело место как по вине родителей, попечителей, так и по вине воспитательных, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения, то вред возмещается по принципу долевой ответственности в зависимости от степени вины каждого. Родители, проживающие отдельно от детей, несут ответственность за вред, причиненный детьми, на общих основаниях, предусмотренных ст. 1074 *ГК*. Однако родитель может быть освобожден от ответственности, если докажет, что по вине другого родителя он был лишен возможности принимать участие в воспитании ребенка. На родителя, лишенного родительских прав, суд может возложить ответственность за вред, причиненный его ребенком, только в течение 3 лет после лишения родительских прав, причем при условии, что поведение ребенка, повлекшее причинение вреда, явилось следствием ненадлежащего осуществления родительских обязанностей еще до лишения родителя соответствующих прав (ст. 1075 *ГК*). Необходимо учитывать, что ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними, несут *оба родителя*, поэтому оба они должны признаваться и гражданскими ответчиками;

5) опекун лица, признанного недееспособным, либо юридическое лицо, обязанное осуществлять за ним надзор, если они не докажут, что вред возник не по их вине. При этом опекун должен также обладать достаточными средствами для возмещения вреда (ст. 1076 *ГК*). Вместе с тем следует обратить внимание на то, что согласно ч. 1 комм. статьи УПК, гражданский ответчик несет ответственность лишь за вред, при-

чиненный *преступлением*. Поэтому, если производство по применению принудительных мер медицинского характера ведется в отношении лица, совершившего запрещенное уголовным законом деяние в состоянии *невменяемости*, когда о *преступлении* говорить нельзя, то иск к вышеназванным лицам может быть предъявлен лишь в порядке гражданского судопроизводства. В частности, благодаря отмеченной конструкции понятия гражданского ответчика по УПК РФ не могут признаваться гражданскими истцами трудоспособные супруг, родители, совершеннолетние дети, проживающие вместе с лицом, которое в момент совершения уголовно противоправных действий не могло понимать значения этих действий или руководить ими вследствие психического расстройства (невменяемость), которые знали о психическом расстройстве причинителя вреда, но не ставили вопрос о признании его недееспособным (ч. 3 ст. 1078 *ГК*).

3. Вред может быть причинен деяниями не одного, а нескольких обвиняемых. Если вред причинен их совместными действиями, они несут солидарную ответственность перед потерпевшим. Однако по заявлению потерпевшего и в его интересах суд вправе возложить на обвиняемых, которые причинили вред совместно, ответственность в долях, в соответствии со степенью вины каждого причинителя вреда (ст. 1080 *ГК*). Но гражданские ответчики (несколько) несут долевую, а не солидарную ответственность. Однако в пределах определенной судом доли они могут отвечать солидарно (например, супруги — родители несовершеннолетнего обвиняемого).

4. Если в УПК РСФСР устанавливалось, что в качестве гражданского ответчика лицо несет ответственность за вред, причиненный *обвиняемым*, то в новом Кодексе речь идет о вреде, причиненном *преступлением* (ч. 1 ст. 54). Отмеченное выше отсутствие в определении гражданского истца упоминания об ответственности за вред, причиненный именно *обвиняемым*, и включение в него вместо этого указания на *преступление* дают основание полагать, что лицо может быть признано гражданским ответчиком по предъявленному гражданскому иску еще до того, как в деле появился *обвиняемый*. Однако в тех случаях, когда гражданский ответчик отвечает за действия другого лица, обладающего *определенными законом признаками* (родители и попечители несовершеннолетнего, страховая организация, имеющая договор с конкретным страхователем), гражданский ответчик может появиться, только когда такое лицо установлено и имеет процессуальный статус обвиняемого или подозреваемого. Если же речь идет об обвинении владельца источника повышенной опасности (автомобиля и т.д.) в том, что вследствие его небрежности неустановленное пока еще лицо сумело воспользоваться этим источником для совершения преступления, владельца можно привлечь в качестве гражданского ответчика еще до формального появления обвиняемого и подозреваемого. Это способствует не только защите прав потерпевшего (за счет принятия мер к обеспечению иска), но и прав самого гражданского ответчика, поскольку он получает процессуальный статус и, следовательно, возможность *своевременно* доказывать, что действовал под воздействием непреодолимой силы (например, под угрозой смерти) или что он проявил достаточную степень заботливости и осмотрительности, но, несмотря на это, источник повышенной опасности противоправно выбыл из его владения.

5. По смыслу ч. 1 комм. статьи лицо *привлекается* в качестве гражданского ответчика не только дознавателем, следователем, прокурором, но и с*удьей* или *судом.*

Это означает, что это лицо появляется в деле не автоматически, самим фактом предъявления гражданского иска, но *привлекается* в качестве гражданского ответчика лицами, ведущими процесс, которые выносят об этом соответствующий акт (постановление либо определение). Из содержания этой нормы ясно, что привлечь лицо в качестве гражданского ответчика может и *суд*. Впрочем, непосредственно из текста комм. статьи не следует, что суд должен это делать только после предъявления гражданского иска. Однако иное противоречило бы сущности функции правосудия, выполняемой судом. Гражданский ответчик выступает на стороне защиты, и не дело суда в отсутствие гражданского истца, отнесенного законом к стороне обвинения, принимать на себя его обвинительную функцию (ч. 3 ст. 15 УПК). Нам представляется, что суд вправе вынести решение о признании лица гражданским ответчиком в любом случае только *после* предъявления гражданского иска.

6. Права и обязанности гражданского ответчика, указанные в ст. 54, во многом тождественны правам гражданского истца (см. комм. к ст. 44). Отличия состоят в следующем:

1) если гражданский истец вправе поддерживать иск, то гражданский ответчик может знать сущность исковых требований и обстоятельства, на которых они основаны, и возражать против предъявленного гражданского иска (п. 1, 2 ч. 2);

2) если гражданский истец может отказаться от предъявленного им гражданского иска (п. 11 ч. 4 ст. 44), то гражданский ответчик не наделен (по крайней мере этой статьей) симметричным правом признать гражданский иск. Впрочем, последнее, скорее всего, пробел правового регулирования в УПК, поэтому в данном случае следует применять норму гражданско-процессуального законодательства, дающую ему такое право (ч. 1 ст. 39 *ГПК*). В отличие от гражданского истца (п. 9, 10, 13 ч. 4 ст. 44 УПК) в числе прав гражданского ответчика не названы следующие права: а) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием; б) участвовать в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя; в) знать о принятых решениях, затрагивающих его интересы, и получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному гражданскому иску. Однако представляется, что в силу принципа равенства сторон эти права должны принадлежать не только гражданскому истцу, но и гражданскому ответчику;

3) неявка гражданского истца в судебное разбирательство при определенных условиях влечет за собой оставление гражданского иска без рассмотрения (ч. 3 ст. 250), в то время как при неявке гражданского ответчика он может быть подвергнут денежному взысканию (ст. 117). Кодекс не дает прямого разрешения рассмотреть иск в отсутствие гражданского ответчика, однако в данном случае, на наш взгляд, уместна аналогия закона с ч. 4 ст. 167 *ГПК*, согласно которой суд вправе рассмотреть дело в отсутствие ответчика, извещенного о времени и месте судебного заседания, если он не сообщил суду об уважительных причинах своей неявки;

4) гражданский истец вместе с другими лицами, выступающими на стороне обвинения, несет основное бремя доказывания оснований и содержания иска. Гражданский ответчик несет бремя доказывания лишь оснований своих возражений против иска, в т.ч. в названных выше случаях, бремя доказывания того, что вред возник не по его вине, и т.д. (ст. 1074—1076 *ГК*).

СТАТЬЯ 55
ПРЕДСТАВИТЕЛЬ ГРАЖДАНСКОГО ОТВЕТЧИКА

1. Представителями гражданского ответчика могут быть адвокаты, а представителями гражданского ответчика, являющегося юридическим лицом, также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы. По определению суда или постановлению судьи, прокурора, следователя, дознавателя в качестве представителя гражданского ответчика могут быть также допущены один из близких родственников гражданского ответчика или иное лицо, о допуске которого ходатайствует гражданский ответчик.

2. Представитель гражданского ответчика имеет те же права, что и представляемое им лицо.

3. Личное участие в производстве по уголовному делу гражданского ответчика не лишает его права иметь представителя.

Представителями *гражданского ответчика* — физического лица — могут быть адвокаты, представителем юридического лица — его руководитель (о понятии «руководитель организации» см. комм. к ст. 23), а на основании доверенности, выданной руководителем юридического лица, — и любые другие лица. Допуск в качестве представителей физических и юридических лиц указанных субъектов является *обязанностью* судьи, прокурора, следователя и дознавателя. Если же гражданский ответчик — физическое лицо, то в качестве его представителя *могут* быть допущены также близкие родственники или иные лица, о допуске которого он ходатайствует. Следует отметить, что допуск близких родственников или иных лиц в качестве представителя гражданского ответчика — это право, а не обязанность суда, судьи, прокурора, следователя, дознавателя, которые контролируют способность этих лиц реально защищать права и законные интересы гражданского ответчика. Из буквального содержания комм. статьи вытекает, что определение суда или постановление судьи, прокурора, следователя, дознавателя выносятся лишь о допуске в качестве представителя гражданского ответчика близких родственников или «иных лиц». Таким образом, адвокат или руководитель (поверенный) юридического лица должны допускаться в процесс без принятия особого акта (постановления или определения) — достаточно приобщения к материалам дела ордера адвоката либо копии решения (выписки из протокола) о назначении руководителя юридического лица либо доверенности. Для того чтобы убедиться в полномочиях руководителя юридического лица, суд, следователь, дознаватель могут потребовать у них также представить учредительные документы или их заверенные копии.

ГЛАВА 8. ИНЫЕ УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

СТАТЬЯ 56
СВИДЕТЕЛЬ

1. Свидетелем является лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, и которое вызвано для дачи показаний.

2. Вызов и допрос свидетелей осуществляются в порядке, установленном статьями 187—191 настоящего Кодекса.

3. Не подлежат допросу в качестве свидетелей:

1) судья, присяжный заседатель — об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу;

2) адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием;

3) адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи;

4) священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди;

5) член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без их согласия — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий.

4. Свидетель вправе:

1) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен пунктом 4 статьи 5 настоящего Кодекса. При согласии свидетеля дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний;

2) давать показания на родном языке или языке, которым он владеет;

3) пользоваться помощью переводчика бесплатно;

4) заявлять отвод переводчику, участвующему в его допросе;

5) заявлять ходатайства и приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда;

6) являться на допрос с адвокатом в соответствии с частью пятой статьи 189 настоящего Кодекса;

7) ходатайствовать о применении мер безопасности, предусмотренных частью третьей статьи 11 настоящего Кодекса.

5. Свидетель не может быть принудительно подвергнут судебной экспертизе или освидетельствованию, за исключением случаев, предусмотренных частью первой статьи 179 настоящего Кодекса.

6. Свидетель не вправе:

1) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд;

2) давать заведомо ложные показания либо отказываться от дачи показаний;

3) разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса.

7. В случае уклонения от явки без уважительных причин свидетель может быть подвергнут приводу.

8. За дачу заведомо ложных показаний либо отказ от дачи показаний свидетель несет ответственность в соответствии со статьями 307 и 308 Уголовного кодекса Российской Федерации.

9. За разглашение данных предварительного расследования свидетель несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. Согласно ч. 1 комм. статьи свидетелем считается лицо, *одновременно* удовлетворяющее следующим признакам: а) ему могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения данного уголовного дела; б) оно вызвано для дачи показаний.

Вопрос о том, *могут ли свидетелю быть известными относящиеся к делу обстоятельства,* решается не им самим, а органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором, судом. Следует особо отметить, что указанный вопрос практически может решаться *и другими участниками процесса* (подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим, гражданским истцом и гражданским ответчиком, а также их представителями), заявившими ходатайство о вызове данного лица в качестве свидетеля, если обстоятельства, об установлении которых посредством допроса этого свидетеля они ходатайствуют, имеют значение для дела (ч. 2 ст. 159, ч. 7 ст. 234, ч. 4 ст. 271).

Что касается вызова лица для дачи показаний, то *до окончания предварительного расследования* этот вопрос может быть разрешен только органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором. Однако при окончании предварительного расследования с обвинительным заключением к этому документу прилагается список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, в т.ч. и со стороны защиты (ч. 4 ст. 220). Учитывая, что представление доказательств (и свидетельских показаний в частности) есть *право* подозреваемого, обвиняемого, защитника, необходимо прийти к выводу, что следователь, а также прокурор не могут отказать им во включении в этот список *вызываемых* стороной защиты свидетелей или сократить его по своему усмотрению (п. 3 ч. 2 ст. 221). Суд также не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, если оно явилось в суд по инициативе любой из сторон (ч. 4 ст. 271).

2. О порядке вызова и допроса свидетелей см. комм. к ст. 187—191.

3. К числу лиц, не подлежащих допросу в качестве свидетелей законом отнесены: судьи, присяжные заседатели — об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу; адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием; адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи; священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди; член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без их согласия — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий (ч. 3 ст. 56); эксперт — по поводу сведений, ставших ему известными в связи с производством судебной экспертизы, если они не относятся к предмету данной судебной экспертизы (ч. 2 ст. 205).

Кроме указанных выше лиц, служебным свидетельским иммунитетом обладают на основании имеющих перед УПК большую юридическую силу Конституции РФ

(ст. 91) — Президент РФ; ФКЗ от 26.02.97 г. «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» (ст. 12) — Уполномоченный по правам человека в РФ, а также на основании ч. 2 ст. 3 УПК — лица, наделенные дипломатической неприкосновенностью.

4. Обстоятельствами уголовного дела, которые стали известны судьям или присяжным заседателям в связи с участием в производстве по данному уголовному делу, являются как те, о которых они узнали в ходе судебных следственных действий, так и любые другие обстоятельства этого уголовного дела. Под обстоятельствами уголовного дела в данном случае следует понимать не только обстоятельства события преступления, наличие или отсутствие виновности обвиняемого и другие обстоятельства, входящие в предмет доказывания (ст. 73), но и обстоятельства *производства самого уголовного дела*, в т.ч. суждения, высказанные во время совещания судей или присяжных заседателей; действия участников процесса и действия третьих лиц в отношении участников процесса, которые были лично восприняты судьями и присяжными заседателям либо данные о которых были сообщены им любыми лицами как в ходе судебного заседания, так и за его пределами, и т.д. Смысл данного положения заключается в гарантировании независимости судей, которые не должны опасаться применения к ним в дальнейшем каких бы то ни было санкций в связи с их участием в рассмотрении дела, в т.ч. тех, которые предусмотрены для свидетелей.

5. Более широк круг обстоятельств, о которых не может быть допрошен адвокат-защитник, а равно защитник, не являющийся адвокатом (п. 2 ч. 3). В отличие от обстоятельств, о которых не могут быть допрошены судьи и присяжные заседатели, защитник, адвокат не допрашивается не только об обстоятельствах данного уголовного дела, но и о *любых других обстоятельствах,* ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. В частности, неправомерен вызов и допрос защитника об обстоятельствах совершения его подзащитным нового преступления, очевидцем которого был защитник, если он присутствовал при этом в связи с оказанием обвиняемому или подозреваемому юридической помощи по другому делу; об обстоятельствах, которые были раскрыты ему в момент консультирования обратившегося за юридической помощью лица еще до вступления защитника в уголовное дело и т.д.[1]

6. Несмотря на текстуальное сходство положений п. 2 и п. 3 ч. 3 ст. 56 необходимо различать их смысл. В п. 2 имеются в виду обстоятельства, ставшие известными адвокату или защитнику в связи с их участием в производстве по данному уголовному делу. Адвокат может выступать не только в качестве защитника, но и быть представителем потерпевшего, гражданского ответчика, адвокатом свидетеля и т.п. В п. 3 ч. 3 комм. статьи подразумеваются обстоятельства, ставшие известными адвокату вне связи с производством по данному уголовному делу.

По смыслу ч. 1 ст. 8 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» являются адвокатской тайной и не подлежат разглашению в какой бы то ни было форме сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю, за исключением сведений о совершении адвокатом деяния, содержащего признаки преступления. Это не означает, что адвокат обязан давать показания об обстоятельствах совершения им такого деяния, поскольку он, как и любое

[1] См. Определение КС РФ от 06.07.2000 г. № 128-О.

лицо, вправе не свидетельствовать против самого себя. Имеется в виду, что по общему правилу обстоятельства, сведения о которых составляют адвокатскую тайну, не могут быть предметом расследования или судебного разбирательства. Исключение составляют преступные деяния самого адвоката, но и в этом случае он вправе отказаться от дачи показаний.

В то же время защитник вправе по его ходатайству давать показания в интересах своего подзащитного, например, по факту фальсификации материалов дела следователем[1].

7. Согласно п. 4 ч. 3 ст. 56 УПК не подлежит допросу в качестве свидетеля священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными *из исповеди*. Однако исповедь, как религиозный обряд, признается не всеми, но в основном христианскими вероисповеданиями. Исходя из конституционных принципов равенства религиозных объединений и равенства всех граждан независимо от отношения к религии (ч. 2 ст. 14, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ), следует признать, что священнослужители нехристианских официально зарегистрированных религиозных организаций также должны пользоваться свидетельским иммунитетом в отношении конфиденциальных сведений, если они стали им известными от членов соответствующих конфессий в результате исполнения религиозных обрядов.

8. Свидетельский иммунитет членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы предусмотрен ст. 21 ФЗ от 08.05.94 г. «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации». Аналогичная норма содержится в ст. 15 ФЗ от 06.09.99 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Однако эта норма противоречит УПК, который пользуется в данном случае приоритетом (ст. 7).

9. Свидетелями могут быть следователи, дознаватели, в производстве которых находилось данное уголовное дело. Согласно ч. 8 ст. 234 на предварительном слушании по ходатайству сторон в качестве свидетелей могут быть допрошены *любые лица*, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом. В случае если указанные лица были допрошены в качестве свидетелей, они утрачивают право продолжать производство предварительного расследования (п. 1 ч. 1 ст. 61).

10. По УПК РСФСР не могло допрашиваться в качестве свидетеля лицо, которое в силу своих физических или психических недостатков не способно правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для дела, и давать о них правильные показания (ст. 72). УПК РФ не устанавливает такого ограничения. Нет запрета на допрос в качестве свидетелей также малолетних. Возможность их допроса определяется исходя из конкретных обстоятельств дела, а оценка достоверности показаний дается сторонами и окончательно судом.

11. Свидетель вправе отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5 УПК. При согласии свидетеля дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уго-

---

[1] См. Определение КС РФ от 06.03.2003 г. № 108-О.

ловному делу, в т.ч. и в случае его последующего отказа от этих показаний. В перечень близких родственников входят супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки. Следует иметь в виду, что право не свидетельствовать — это не то же самое, что быть свидетелем. Свидетель — тот, кто вызван для допроса. Он обязан явиться по вызову и дать показания, за исключением тех, о которых говорится в п. 4 ст. 5.

Право не свидетельствовать против самого себя и своих близких родственников не сводится только к праву свидетеля отказаться от ответа на вопросы, имеющие прямо инкриминирующий характер, но распространяется и на сведения о любых других фактах, которые могут прямо или косвенно, непосредственно или опосредованно быть использованными против интересов указанных лиц. Право не свидетельствовать против себя и своих близких не означает, что следователь не может задавать свидетелю подобные вопросы, а свидетель не вправе на них отвечать, поскольку это его право, а не обязанность. В соответствии с ч. 2 ст. 11 УПК при согласии лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, дать показания дознаватель, следователь, прокурор и суд предупреждают их о том, что данные ими показания могут быть использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу.

Закон не предусматривает права свидетеля не свидетельствовать против иных близких ему лиц и родственников (за исключением близких родственников). Так, обязаны свидетельствовать друг против друга лица, состоящие в незарегистрированном браке, отцы и дети, рожденные в таком браке, если в свидетельстве о рождении отец не записан как родитель ребенка, и т.п.

Возникает вопрос, может ли свидетель, отказавшийся от дачи показаний против себя самого или своих близких родственников, быть привлечен к ответственности за отказ от дачи показаний, если в дальнейшем выяснится, что данные, сообщать которые не стал свидетель, *объективно* не могли быть использованы против этого лица или его близких родственников. Например, свидетель ошибочно полагал, отказываясь от дачи показаний, что за действия, о которых его допрашивают, предусмотрена уголовная ответственность. Как представляется, в подобных случаях должно действовать правило о толковании сомнений в пользу данного лица. Если не сообщенные им сведения на самом деле не могли повредить ему или его близким, но свидетель, с учетом конкретных обстоятельств, имел основания хотя бы предполагать, что такая опасность существует, его нельзя привлечь к уголовной ответственности.

12. По сравнению с ранее действовавшим УПК РСФСР, свидетель в соответствии с комм. статьей приобрел ряд новых прав: а) заявлять отвод переводчику (п. 3 ч. 4); б) заявлять ходатайства и приносить жалобы на действия (бездействие), в частности, суда (п. 4 ч. 4); в) являться на допрос с адвокатом в соответствии с ч. 5 ст. 189 УПК (п. 6 ч. 4); г) ходатайствовать о применении мер безопасности, предусмотренных ч. 3 ст. 11 УПК.

Поскольку судом согласно п. 48 ст. 5 считается суд, рассматривающий уголовное дело по существу, содержание п. 5 ч. 4 комм. статьи можно понять в том смысле, что свидетель является субъектом обжалования решений суда, принятых в судебных стадиях процесса. Однако нормы Особенной части Кодекса не предусматривают такого права свидетеля, из чего можно заключить, что речь идет лишь об обжаловании постановлений судьи, принимаемых в ходе досудебного производства в соответствии со ст. 127, по смыслу которой свидетель может подавать жалобы на эти решения в апелляционном, кассационном, надзорном порядке и т.д.

13. Право на допрос в присутствии адвоката (п. 6 ч. 3) касается любых свидетелей: как тех, которых допрашивают по вопросам инкриминирующего характера, так и тех, кто должен давать показания по другим обстоятельствам (см. также комм. к ч. 5 ст. 189).

14. На основании п. 7 ч. 4 комм. статьи и ч. 3 ст. 11 при наличии достаточных данных о том, что свидетелю, а также его близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности (см. о них п. 5 комм. к ч. 3 ст. 11). В частности, к числу этих мер относятся:

а) исключение из протокола следственного действия данных о личности свидетеля, вместо которых следователь с согласия прокурора указывает в протоколе присвоенный свидетелю псевдоним и приводит образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием (ч. 9 ст. 166);

б) допрос свидетеля в судебном заседании без оглашения подлинных данных о личности свидетеля в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства. В случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями (ч. 5, 6 ст. 278).

Однако необходимо указать на то, что применение названных положений должно происходить с учетом обязательных и имеющих преимущественную силу перед нормами УПК РФ положений Европейской (Римской) конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. Согласно подп. (d) п. 3 ст. 6 Конвенции каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет право допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены. Европейский Суд по правам человека в решении по делу «Ван Михелена и др. против Нидерландов» от 23.04.97 г. дает толкование этой нормы в соотношении с мерами безопасности свидетеля следующим образом: «Если сохраняется анонимность свидетеля обвинения, защита сталкивается с такими трудностями, которых при рассмотрении уголовных дел обычно быть не должно. Соответственно, Суд признал, что в таких случаях статья 6 п. 1 и п. 3 (d) Конвенции требует, чтобы эти трудности защиты *в достаточной мере уравновешивались судебной процедурой*. И наконец, следует напомнить, что обвинительный приговор не должен основываться единственно или в решающей степени на анонимных утверждениях» (п. 54, 55). При этом Европейский Суд указал, что «не могут считаться достаточным основанием для лишения защиты возможности задавать вопросы свидетелям в своем присутствии и иметь собственное суждение об их *поведении*» такие меры, как допрос свидетеля лишь следователем, который сам удостоверяется в личности свидетеля, достоверности и надежности сообщаемых им сведений, а также причинах сохранения анонимности. По мнению Суда, высказанного в п. 62, 64 данного решения, достаточной судебной процедурой, уравновешивающей анонимность допроса свидетелей, является их *зас-*

лушивание в присутствии не только обвинителя, но и защитника-адвоката, который имел бы возможность *наблюдать и оценивать поведение свидетеля во время допроса* (см. также решение по делу «Доорсон против Нидерландов»).

15. Уклонением от явки свидетеля по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд является его неявка без уважительных причин. К числу уважительных причин относятся: болезнь самого свидетеля или членов его семьи, за которыми кроме него некому осуществлять уход, неполучение или слишком позднее получение повестки, стихийное бедствие, отсутствие необходимого транспорта и т.д. При установлении, что уважительные причины отсутствуют, свидетель может быть подвергнут приводу (ст. 113). На него может быть также наложено денежное взыскание (ч. 2 ст. 111, ст. 117).

СТАТЬЯ 57
ЭКСПЕРТ

1. Эксперт — лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном настоящим Кодексом, для производства судебной экспертизы и дачи заключения.

2. Вызов эксперта, назначение и производство судебной экспертизы осуществляются в порядке, установленном статьями 195—207, 269, 282 и 283 настоящего Кодекса.

3. Эксперт вправе:

1) знакомиться с материалами уголовного дела, относящимися к предмету судебной экспертизы;

2) ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов, необходимых для дачи заключения, либо привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов;

3) участвовать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда в процессуальных действиях и задавать вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы;

4) давать заключение в пределах своей компетенции, в том числе по вопросам, хотя и не поставленным в постановлении о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования;

5) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права;

6) отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы специальных знаний, а также в случаях, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения. Отказ от дачи заключения должен быть заявлен экспертом в письменном виде с изложением мотивов отказа.

4. Эксперт не вправе:

1) без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы;

2) самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования;

3) проводить без разрешения дознавателя, следователя, суда исследования, могущие повлечь полное или частичное уничтожение объектов либо изменение их внешнего вида или основных свойств;

4) давать заведомо ложное заключение;

5) разглашать данные предварительного расследования, ставшие известными ему в связи с участием в уголовном деле в качестве эксперта, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса;

6) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд.

5. За дачу заведомо ложного заключения эксперт несет ответственность в соответствии со статьей 307 Уголовного кодекса Российской Федерации.

6. За разглашение данных предварительного расследования эксперт несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. Эксперт — не всякое лицо, обладающее специальными знаниями и привлеченное к участию в процессе. Кроме него таким условиям отвечает также специалист (см. комм. к ст. 58). В отличие от специалиста, эксперт привлекается к участию в процессе путем вынесения соответствующего процессуального акта: постановления дознавателем, следователем, прокурором, судьей или определения суда. Кроме того, эксперт привлекается для выполнения *самостоятельных экспертных исследований*, т.е. проводит их вне рамок каких-либо других процессуальных действий, в то время как специалист участвует в процессуальных действиях, осуществляемых органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором или судом. Наконец, эксперт привлекается для дачи экспертного заключения — особого вида доказательств (о нем см. комм. к ст. 80), тогда как целью привлечения специалиста является содействие в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58).

2. Специальные знания, которыми должен обладать эксперт, — это познания в области науки, техники, промышленного производства, искусства или других специальных отраслей человеческой деятельности. Закон не требует, чтобы познания эксперта обязательно были профессиональными, за исключением случаев, когда экспертиза проводится в экспертном учреждении (см. о них п. 28 комм. к ст. 5).Однако в любом случае они должны быть достаточно глубокими для проведения соответствующих исследований и дачи в заключении ответов на поставленные вопросы.

3. О порядке вызова эксперта, назначения и производства судебной экспертизы см. комм. к ст. 195—207, 269, 282 и 283.

4. Ознакомление эксперта с материалами уголовного дела, относящимися к предмету экспертизы, происходит после вынесения постановления (определения) о назначении экспертизы, в котором обычно излагаются сведения об обстоятельствах события преступления, обстоятельствах и условиях получения объектов для экспертного исследования, дается необходимое описание самих объектов и иных материалов, предоставляемых в распоряжение экспертов. Кроме того, эксперт вправе знакомиться и с другими материалами дела, если они относятся к предмету экспертизы, а также ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов (объектов экспертного исследования, доказательств), необходимых для дачи заключения.

Ознакомление эксперта с материалами дела может происходить также путем непосредственного его участия с разрешения лиц, ведущих процесс, в проведении следственных и иных процессуальных действий, где он вправе задавать вопросы, относящиеся к предмету данной экспертизы. Иные процессуальные действия — это в данном случае такие, как получение образцов для сравнительного исследования (ст. 202), при котором, как представляется, при необходимости может участвовать не только специалист, но и эксперт, которому поручено проведение экспертизы; процессуальные действия в порядке судебного разбирательства, если эксперт явился к началу судебного заседания, и т.д.

5. Эксперт вправе давать заключение лишь *в пределах своей компетенции* (п. 4 ч. 3 комм. статьи). Принято различать объективно-научный, или *предметный,* уровень компетенции эксперта, т.е. объем специальных знаний по определенному кругу вопросов (предмету экспертизы), которым в той или иной степени должен обладать любой специалист данного рода, либо вида или подвида судебной экспертизы, а также *субъективный* уровень компетенции, под которым понимается степень владения конкретного эксперта теорией и методикой проведения экспертизы данного рода, вида или подвида. Субъективный уровень компетенции не всегда может в полном объеме и степени соответствовать предметному уровню компетенции данного эксперта. Это необходимо учитывать дознавателю, следователю, прокурору, суду при поручении экспертизы конкретному эксперту, ибо закон не разрешает поручать производство экспертизы лицу, если вопросы, по которым он должен дать заключение, выходят за пределы его специальных познаний. Законом предусмотрено право эксперта давать заключение по вопросам, хотя и не поставленным в постановлении (определении) о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования (п. 4 ч. 3 комм. статьи). Предмет экспертизы того или иного рода определяется предметом соответствующей отрасли знаний, которая должна использоваться в экспертном исследовании (криминалистика, судебная медицина, судебная психиатрия и т.д.). Он вправе отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы специальных знаний, а также в случаях, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения. Отказ от дачи заключения должен быть заявлен экспертом в письменном виде с изложением мотивов отказа.

6. Эксперт наделен правом ходатайствовать о привлечении к производству экспертизы *других экспертов* (п. 2 ч. 3 комм. статьи). Представляется, что речь идет не о тех случаях, когда предметный или субъективный уровень компетенции эксперта не соответствует предмету экспертизы или недостаточен для дачи квалифицированных ответов на поставленные вопросы — тогда эксперт должен отказаться от дачи заключения, а о тех ситуациях, когда предстоит слишком большой объем исследований либо когда привлечение дополнительных экспертов, имеющих специальные познания по тому же предмету, позволит скорее и вернее выработать правильное заключение. Если же эксперт придет к выводу, что для дачи заключения необходимо проведение не однородной, а комплексной экспертизы (см. комм. к ст. 201), он должен не ходатайствовать о привлечении других экспертов (иной предметной компетенции) для проведения уже назначенной экспертизы, а, как было уже сказано, отказаться от дачи заключения, после чего назначается новая — комплексная судебная экспертиза. Отказ от дачи заключения может иметь место по всем либо только по отдельным вопросам, которые выходят за пределы специальной компетенции эксперта (сужение предмета экспертизы).

7. Обязанности эксперта сформулированы в ч. 4 комм. статьи в виде запретов на то, чего не вправе делать эксперт. Так, он не вправе без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы, а также самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования (п. 1, 2). Этот запрет связан с тем, что оценка доказательств *в их совокупности* и последующий отбор материалов уголовного дела, предназначенных для экспертного исследования, относятся лишь к компетенции дознавателя, следователя и суда. Поэтому эксперт не вправе исследовать и собирать материалы, не указанные в постановлении (определении) о назначении экспертизы и не предназначенные быть объектами исследования. Он не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд.

Вместе с тем в ч. 4 ст. 202 предусматривается право эксперта получать образцы для сравнительного исследования. Однако противоречия между ст. 202 и п. 2 ч. 4 ст. 57 нет, т.к. получение образцов для сравнительного исследования (например, т.н. веществ-свидетелей при проведении судебно-химической экспертизы) может производиться экспертом только при том условии, если это является частью судебной экспертизы. Впрочем, анализ положений ст. 57 и ст. 202 показывает, что следователь получает образцы для сравнительного исследования лишь при определенных, одновременно действующих условиях: а) когда их надо получить у подозреваемого, обвиняемого, а также у свидетеля или потерпевшего; б) когда возникла необходимость проверить, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах. Представляется, что в остальных случаях получение образцов может являться частью судебной экспертизы и входить в круг обязанностей эксперта. Тем не менее, следует констатировать, что уровень гарантий достоверности исследований с использованием образцов для сравнительного исследования, полученных самим экспертом практически непроцессуальными способами, обычно ниже, чем тех, где используются образцы, полученные в порядке, в большей степени обеспечивающем их подлинность и надежность — по постановлению следователя или дознавателя и с составлением соответствующего протокола (ч. 1—3 ст. 202).

СТАТЬЯ 58
СПЕЦИАЛИСТ

1. Специалист — лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

2. Вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 168 и 270 настоящего Кодекса.

3. Специалист вправе:

1) отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями;

2) задавать вопросы участникам следственного действия с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда;

3) знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол;

4) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

4. Специалист не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд, а также разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве специалиста, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования специалист несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. Так же, как и эксперт, специалист обладает специальными знаниями в области науки, техники, промышленного производства, искусства или других специальных отраслей человеческой деятельности. Однако предмет деятельности специалиста в уголовном судопроизводстве несколько иной, чем у эксперта. Специалист привлекается сторонами или судом к участию в деле для выполнения следующих задач (ст. 58 УПК):

— содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов в ходе любых следственных действий;

— применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела;

— постановки вопросов эксперту;

— для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

2. Постановка специалистом, привлеченном по инициативе той или иной стороны, вопросов экспертам возможна при назначении судебной экспертизы. Разъяснение специалистом сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, может происходить в следующих случаях:

— в ходе его участия в проведении процессуальных действий по обнаружению, закреплению и изъятию предметов и документов, а также применению технических средств для исследования материалов уголовного дела;

— при участии специалиста-педагога в допросе несовершеннолетнего потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого (ст. 191, 280, 425);

— при даче специалистом письменного заключения по инициативе той или иной стороны или сторон (ч. 3 ст. 80);

— при допросе специалиста в ходе досудебной подготовки или в суде (ч. 4 ст. 80, ч. 4 ст. 271).

В последних двух случаях разъяснение специалистом вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, может, до некоторой степени, составить конкуренцию заключению эксперта. В своем заключении или показаниях (ч. 3—4 ст. 80) специалист может давать уже известным суду обстоятельствам новое освещение, проясняющее их истинное значение, и, кроме того, с помощью специальных познаний и приемов выявлять перед судом обстоятельства, которые без разъяснения специалиста могли оставаться вне поля зрения суда. Как и эксперт, специалист дает суду свое суждение и мнение о фактах, которое, однако, оформляется не экспертным заключением, а заключением или показаниями специалиста. При этом по смыслу ч. 1 ст. 58 специалист высказывает суждения и мнения: а) относительно обстоятельств, связанных

с обнаружением, закреплением и изъятием доказательств, б) выполняемых им действий, в) по всем другим обстоятельствам, разъяснения которых требуют стороны или суд.

Вместе с тем было бы ошибкой отождествлять данное в суде заключение эксперта и разъяснение специалиста, содержащееся в его заключении или показаниях. Можно сказать, что *эксперт* обязан не только говорить, но и действовать. Он проводит самостоятельные исследования, т.е. исследования, требующие отдельных от судебного заседания условий и времени (опыты, действия по сравнению и идентификации объектов, сложные вычисления и т.п.). Иначе — при даче специалистом разъяснений. Обязанность *специалиста* по даче разъяснений есть обязанность «к слову, а не к делу». Давая разъяснения, он лишен возможности проводить какие-либо исследования, кроме тех, которые состоят в логических умозаключениях с использованием специальных знаний. Причем эти умозаключения должны быть доступны восприятию и пониманию неспециалистов даже в условиях продолжающегося судебного заседания, ибо они составляют содержание разъяснений. Таким образом, разъяснения специалиста не могут заменить заключения эксперта, если ответы на неясные вопросы нуждаются в самостоятельных исследованиях.

3. Вызов специалиста — право не только органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда, но и других участников процесса, действующих как на стороне обвинения, так и защиты. До окончания предварительного расследования закон предоставляет данное право только защитнику (п. 3 ч. 1 ст. 53), по окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела — также и обвиняемому, по отношению к вызову специалиста в судебное заседание (ч. 4 ст. 217). В подготовительной части судебного заседания таким правом наделены обе стороны (ч. 4 ст. 271). Однако специалист имеет право отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями, причем, так же как и эксперт, он не несет уголовной ответственности за отказ от участия в деле. Отказ специалиста от участия в деле может иметь место и при наличии оснований для его самоотвода (ст. 62, 71). Помимо отказа от участия в производстве по уголовному делу, специалист также имеет право задавать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда вопросы участникам следственного действия; он может знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права. Кроме того, специалист вправе претендовать на выплату ему сумм на покрытие расходов, связанных с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием (п. 1 ч. 2 ст. 131).

4. Специалист не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд; обязан не разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве специалиста, если он был об этом заранее предупрежден.

СТАТЬЯ 59
ПЕРЕВОДЧИК

1. Переводчик — лицо, привлекаемое к участию в уголовном судопроизводстве в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, свободно владеющее языком, знание которого необходимо для перевода.

2. О назначении лица переводчиком дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение. Вызов переводчика и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 169 и 263 настоящего Кодекса.

3. Переводчик вправе:

1) задавать вопросы участникам уголовного судопроизводства в целях уточнения перевода;

2) знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, а также с протоколом судебного заседания и делать замечания по поводу правильности записи перевода, подлежащие занесению в протокол;

3) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права.

4. Переводчик не вправе:

1) осуществлять заведомо неправильный перевод;

2) разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве переводчика, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса;

3) уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд.

5. За заведомо неправильный перевод и разглашение данных предварительного расследования переводчик несет ответственность в соответствии со статьями 307 и 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

6. Правила настоящей статьи распространяются на лицо, владеющее навыками сурдоперевода и приглашенное для участия в производстве по уголовному делу.

1. Согласно ст. 26 Конституции РФ «каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения». Это право может быть реализовано путем ведения уголовного судопроизводства как на русском языке, так и на государственных языках республик — субъектов РФ, а также права участвующих в деле лиц, не владеющим или недостаточно владеющим языком, на котором ведется производство по уголовному делу, делать заявления, давать объяснения и показания, заявлять ходатайства, приносить жалобы, знакомиться с материалами уголовного дела, выступать в суде на родном языке или другом языке, которым они владеют, а также бесплатно пользоваться помощью переводчика (ст. 18 УПК).

2. В качестве переводчика может быть привлечено к участию в процессе любое лицо, свободно владеющее языком, на котором ведется судопроизводство. Оно не обязательно должно иметь специальность или профессию переводчика. Если лица, ведущие процесс, сами владеют языком, на котором может общаться не владеющий языком судопроизводства участник процесса, они не могут быть переводчиками, т.к. при совмещении этих процессуальных функций подлежат отводу (п. 2 ч. 1 ст. 61). Переводчик не может участвовать в деле и подлежит отводу по основаниям, указанным в ст. 61, 69, в т.ч. если он является свидетелем, близким родственником или родственником любого из участников производства по делу либо иначе заинтересован в исходе данного уголовного дела. Вместе с тем участники процесса могут ходатайствовать

о назначении переводчика из числа указанных ими лиц. При отсутствии оснований для его отвода такое лицо может быть допущено в качестве переводчика.

3. О назначении лица переводчиком дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение, что является новым положением по сравнению с УПК РСФСР.

4. Следственные и судебные документы, которые подлежат обязательному вручению подозреваемому, обвиняемому, а также другим участникам процесса, переводятся на их родной язык или иной язык, которым они владеют. К ним относятся: копии постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела и прекращении уголовного дела, о привлечении лица в качестве обвиняемого, обвинительного заключения с приложениями, обвинительного акта, приговора, протокола обыска, выемки, копия решения о применении меры пресечения, извещение о реабилитации и т.д.

5. Разъяснение переводчику его прав, обязанностей и возможной ответственности, предусмотренных ст. 59, производятся до начала выполнения переводчиком его обязанностей (ст. 169). В судебном разбирательстве разъяснение переводчику его прав и ответственности осуществляется председательствующим в подготовительной части судебного разбирательства сразу после открытия судебного заседания и проверки явки в суд (ст. 263).

6. Участие переводчика в следственных и иных процессуальных действиях фиксируется в протоколах этих действий, которые подлежат подписанию в числе других участников и переводчиком после ознакомления с их содержанием (ст. 166).

7. Переводчик обязан: являться по вызову следователя, дознавателя, органа дознания, прокурора, судьи или суда; выполнять правильный перевод в ходе производства следственных и иных процессуальных действий, а также перевод процессуальных документов; не разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве переводчика, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК.

8. За заведомо неправильный перевод и разглашение данных предварительного расследования предусмотрена уголовная ответственность. Ранее существовавшая по УПК РСФСР мера ответственности — денежный начет — в новом Кодексе не предусмотрена.

9. Переводчик имеет право: задавать вопросы участникам уголовного судопроизводства в целях уточнения перевода; знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, а также с протоколом судебного заседания и делать замечания по поводу правильности записи перевода, подлежащие занесению в протокол; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права; а также право на покрытие расходов, связанных с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием (п. 1 ч. 2 ст. 131).

СТАТЬЯ 60
ПОНЯТОЙ

1. Понятой — не заинтересованное в исходе уголовного дела лицо, привлекаемое дознавателем, следователем или прокурором для удостоверения факта производства следственного действия, а также содержания, хода и результатов следственного действия.

2. Понятыми не могут быть:

1) несовершеннолетние;

2) участники уголовного судопроизводства, их близкие родственники и родственники;

3) работники органов исполнительной власти, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности и (или) предварительного расследования.

3. Понятой вправе:

1) участвовать в следственном действии и делать по поводу следственного действия заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол;

2) знакомиться с протоколом следственного действия, в производстве которого он участвовал;

3) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора, ограничивающие его права.

4. Понятой не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд, а также разглашать данные предварительного расследования, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном статьей 161 настоящего Кодекса. За разглашение данных предварительного расследования понятой несет ответственность в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

1. Задачей понятых является удостоверение факта, содержания, хода и результатов следственных действий, при производстве которых он присутствовал. Таким образом, понятой участвует в обеспечении удостоверительной стороны доказывания в уголовном судопроизводстве, гарантируя достоверность результатов следственных действий. Поэтому недопустимо привлечение понятых к производству следственных действий с единственной целью — обеспечить в суде доказательственную базу для закрепления и подтверждения показаний допрошенных по делу лиц, данных в присутствии понятых.

2. Понятыми могут быть только не заинтересованные в исходе уголовного дела лица. Закон не раскрывает в комм. статье понятие заинтересованности, однако ясно, что это любая заинтересованность в исходе дела. Она может быть не только личной (например, в случае родственных или иных близких отношений, долговых обязательств понятых с кем-либо из участников процесса, выступающих на стороне обвинения или стороне защиты), но и служебная зависимость понятых от лиц, участвующих в следственном действии, а также их общая ведомственная принадлежность к органам, осуществляющим уголовное преследование. Поэтому лица, являющиеся сотрудниками таких органов, находящиеся в организационном или функциональном (на время проведения отдельных мероприятий) подчинении работника органа дознания, следователя, прокурора, проводящего данное следственное действие, либо его начальства, не могут быть понятыми. Это относится не только к аттестованным сотрудникам, но и административно-техническому персоналу, водителям автомашин, лицам, с которыми у органов, ведущих расследование, заключены возмездные договоры об участии в качестве понятых, и т.д.

3. Если появляются данные о заинтересованности в деле лиц, приглашаемых в качестве понятых, в т.ч. когда сторона защиты выдвигает соответствующие доводы,

бремя опровержения этих данных и доводов в силу принципа презумпции невиновности лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14), организовавшей проведение следственного действия, которая должна доказать, что в качестве понятых ею были приглашены вне всяких разумных сомнений незаинтересованные лица. Однако в случаях, указанных в п. 2—3 ч. 2 комм. статьи, такая презумпция является неопровержимой, и соответствующие лица в любом случае не могут быть понятыми.

4. Если исходить из буквального содержания п. 3 ч. 2 комм. статьи, можно прийти к выводу, что запрещено быть понятыми не всем, но лишь тем работникам органов исполнительной власти, которые наделены полномочиями по осуществлению ОРД и (или) предварительного расследования (оперативные работники, дознаватели, следователи, прокуроры). Тогда понятыми могли бы быть, например, сотрудники милиции общественной безопасности, не занимающие должности дознавателей, бойцы ОМОН, оказывающие силовую поддержку проведению следственного действия, и т.д. Как представляется, в подобных случаях, при заявлении стороной защиты соответствующего возражения, обвинение должно будет с полной достоверностью доказать, что эти лица абсолютно не заинтересованы в исходе уголовного дела, что на практике сделать крайне сложно.

5. Об участии понятых в проведении следственных действий см. комм. к ст. 170.

ГЛАВА 9. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ УЧАСТИЕ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

СТАТЬЯ 61 ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ УЧАСТИЕ В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Судья, прокурор, следователь, дознаватель не может участвовать в производстве по уголовному делу, если он:

1) является потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или свидетелем по данному уголовному делу;

2) участвовал в качестве присяжного заседателя, эксперта, специалиста, переводчика, понятого, секретаря судебного заседания, защитника, законного представителя подозреваемого, обвиняемого, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, а судья также — в качестве дознавателя, следователя, прокурора в производстве по данному уголовному делу;

3) является близким родственником или родственником любого из участников производства по данному уголовному делу.

2. Лица, указанные в части первой настоящей статьи, не могут участвовать в производстве по уголовному делу также в случаях, если имеются иные обстоятельства, дающие основание полагать, что они лично, прямо или косвенно, заинтересованы в исходе данного уголовного дела.

1. Личная заинтересованность в деле судьи, прокурора, следователя, дознавателя несовместима с публичным характером уголовного процесса. Несовместима с ним и личная заинтересованность иных, помимо дознавателя, работников органа дознания, которые могут осуществлять неотложные следственные действия (ст. 157). Хотя

о них не говорится в статьях гл. 9, полагаем, что основания для отвода распространяются и на них по аналогии закона.

2. Все обстоятельства, названные в комм. статье, дают основание предполагать, что лицо, ведущее процесс, так или иначе *заинтересовано* в исходе уголовного дела. Это предположение имеет характер *презумпции личной заинтересованности*, но если презумпция, зафиксированная в ч. 2 комм. статьи («иные обстоятельства, дающие основания полагать»), относится к категории опровержимых и может быть опровергнута аргументами, изложенными в объяснении судьи, прокурора, следователя, дознавателя по поводу заявленного отвода, то презумпции, указанные в п. 1—3 ч. 1, — *неопровержимы*. Даже если отводимому лицу и удастся представить убедительные аргументы своей личной незаинтересованности в деле, несмотря, например, на отношения дальнего родства с кем-либо из участников процесса, оно, тем не менее, подлежит отводу[1].

3. Если лицо является свидетелем по данному делу, то предположение о его личной заинтересованности наименее очевидно. Основанием его является, скорее, не личная заинтересованность в исходе дела, а то, что свидетель (особенно свидетель-очевидец) события преступления уже не нуждается в доказательствах и исход дела для него заранее предрешен. Процесс не нужен ему, и он не нужен процессу. Понятие «свидетель» в данном пункте шире, чем общее понятие свидетеля, которое дано в ст. 56. По смыслу, которое придает этому основанию для отвода правоприменительная практика, свидетель здесь — не только лицо, вызванное для дачи показаний, но и то, которое по обстоятельствам дела *объективно должно быть вызвано* и допрошено. Когда, например, сотрудники органа дознания являлись очевидцами события преступления, а других очевидцев не было, они, как правило, должны быть допрошены по данному делу в качестве свидетелей, что исключает их участие в производстве по делу после его возбуждения. Если же данные сотрудники все-таки выполняли по делу неотложные следственные действия, все полученные ими доказательства следует признать недопустимыми. Следует обратить внимание, что закон (ч. 1 ст. 61) говорит лишь о невозможности таких лиц участвовать в производстве *по делу*, следовательно, до возбуждения дела они могут предпринимать некоторые процессуальные действия, в частности, производить задержание, осмотр места происшествия, освидетельствование, назначение судебной экспертизы.

Впрочем, в крайне редких случаях, несмотря на то, что сотрудник органа дознания был очевидцем события преступления, он, на наш взгляд, все же не подпадает под основания для отвода. Речь идет о неотложных следственных ситуациях, когда другие сотрудники органа дознания и следователь в силу объективных причин не могут незамедлительно приступить к производству по делу, но доказательственная база с избытком достаточна и без того, чтобы делать сотрудника органа дознания свидетелем — например, преступление совершено при большом стечении народа и свидетели-очевидцы имеются в избытке. Тогда собранные им доказательства могут остаться допустимыми.

При возвращении уголовного дела на стадию предварительного следствия следователь подлежит отводу, если он по расследованному им делу был допрошен в судебном заседании в качестве свидетеля[2].

---

[1] См.: постановление Президиума ВС РФ по делу Головина // БВС РФ. 2003. № 7.

[2] См. Кассационное определение ВС РФ от 13.01.2005 г. по делу № 81-о04-129.

4. В качестве оснований к отводу судьи, прокурора, следователя, дознавателя предусмотрены лишь родственные отношения этих лиц с другими участниками процесса (п. 3 ч. 1 ст.61). Не рассматриваются как основания для отвода отношения близких лиц. В таком случае на практике могут сложиться парадоксальные ситуации, напоминающие сюжет из повести Л.Н. Толстого «Воскресение».

5. Предмет заинтересованности подлежащих отводу лиц, согласно комм. статье, слишком сужен. Чтобы исключить их участие в производстве по уголовному делу, необходимо установить заинтересованность *в исходе* уголовного дела. Так, например, если судья лично заинтересован в исходе не всего дела, а только в освобождении подозреваемого или обвиняемого из-под стражи, ему невозможно заявить отвод по данному основанию. Более справедливо решался этот вопрос в УПК РСФСР, в котором основанием для отвода считалась личная заинтересованность названных лиц во всех моментах дела, а не только в его исходе. В судебной практике личная заинтересованность судьи по-прежнему понимается расширительно[1].

6. Неполнота оснований к отводу, указанных в комм. статье, усматривается также в том, что судьям, прокурорам, следователям и дознавателям формально не может быть заявлен отвод, когда они допускают в процессе предвзятость и необъективность, попирают процессуальный закон и права участников процесса, оскорбляют их честь и достоинство, открыто высказывают свое мнение о виновности подсудимого в отсутствии необходимых доказательств, но делают это не в силу личной заинтересованности в исходе дела, а из иных побуждений (антипатии к личности обвиняемого, защитника, потерпевшего; установки на «борьбу с преступностью» любой ценой, желания поскорее закончить дело и т.д.). Иногда интересы участников процесса страдают от таких действий даже больше, чем при личной заинтересованности судьи.

Это, однако, не означает, что не существует правовых средств против подобного упречного поведения лиц, ведущих процесс. В соответствии со ст. 5 УПК поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, принятого резолюцией Генеральной Ассамблеей ООН 17.12.79 г., «ни одно должностное лицо по поддержанию правопорядка не может осуществлять, подстрекать или терпимо относиться к любому действию, представляющему собой пытку или другие жестокие, бесчеловечные *или унижающие достоинство* виды обращения и наказания» (ст. 5). Такого рода незаконные или неблаговидные действия следователей, дознавателей, прокуроров участники процесса могут фиксировать путем принесения письменных ходатайств и заявлений или занесения их в протоколы следственных действий. Представляется, что подобные действия следователей, дознавателей и прокуроров могут быть обжалованы в суд в порядке ст. 125 УПК РФ, как способные причинить ущерб конституционным правам и свободам участника процесса — равенству всех перед законом и судом, достоинству личности, презумпции невиновности (ст. 19, 21, 49 Конституции РФ). Суд в этом случае вправе признать обжалованное решение незаконным и необоснованным, призвать соответствующее должностное лицо к порядку, обязав его устранить допущенное нарушение: предписать прокурору, следователю или дознавателю заново провести процессуальное действие в соответствии с законом, принести извинения заявителю жалобы, воздержаться в будущем от подобного поведения, а возможно, и заявить самоотвод.

---

[1] БВС РФ. 2003. № 6.

Сложнее решить вопрос о мерах, которые могут быть предприняты взамен отвода, в отношении судей. Приведем ряд норм международного права, а также положений, принятых судейским сообществом. Согласно п. 2 Основных принципов, касающихся независимости судебных органов (одобренных резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29.11.85 г. и 40/146 от 13.12.85 г.), «судебные органы решают переданные им дела *беспристрастно,* на основе фактов и *в соответствии с законом*, без каких-либо ограничений, неправомерного влияния*, побуждения*, давления, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, с чьей бы то ни было стороны и по каким бы то ни было причинам». Кодекс чести судей Российской Федерации, принятый постановлением Совета судей России от 21.10.93 г., предусматривает в ст. 1, 2 следующие обязанности судьи:

— «Руководствоваться наряду с Конституцией и другими законодательными актами, действующими на территории Российской Федерации, *общепринятыми нормами нравственности и правилами поведения*, способствовать утверждению в обществе уверенности в справедливости, беспристрастности и независимости суда».

— «Избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, …причинять *ущерб престижу своей профессии* в угоду личным интересам или *интересам других лиц*».

— «Быть беспристрастным, не допуская влияния на свою профессиональную деятельность кого бы то ни было, в том числе своих родственников, *друзей или знакомых»*.

— «Быть свободным от *приверженности одной из сторон*, от влияния общественного мнения, от опасений перед критикой его деятельности».

— «Проявлять *терпение, вежливость, тактичность и уважение* к участникам судебного разбирательства и другим лицам, с которыми он общается при исполнении служебных обязанностей».

Кодекс чести судей РФ также устанавливает (ст. 4), что нарушения его требований рассматриваются квалификационными коллегиями судей. При этом учитываются все обстоятельства совершенного проступка, его тяжесть и ущерб, причиненный авторитету судебной власти. Таким образом, у участников процесса в случае неправомерных действий судей, которые по УПК РФ не охватываются перечнем оснований для отвода, все же имеется возможность заявить о недопустимости такого поведения и обратиться в квалификационную коллегию судей.

7. Об отводах и самоотводах присяжных заседателей см. комм. к ст. 328.

СТАТЬЯ 62
НЕДОПУСТИМОСТЬ УЧАСТИЯ В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ЛИЦ, ПОДЛЕЖАЩИХ ОТВОДУ

1. При наличии оснований для отвода, предусмотренных настоящей главой, судья, прокурор, следователь, дознаватель, секретарь судебного заседания, переводчик, эксперт, специалист, защитник, а также представители потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика обязаны устраниться от участия в производстве по уголовному делу.

2. В случае, если лица, указанные в части первой настоящей статьи, не устранились от участия в производстве по уголовному делу, отвод им может быть заявлен подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, защитни-

ком, а также государственным обвинителем, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями.

1. Основным содержанием комм. статьи является обязанность лиц, перечисленных в статье, устраниться от участия в производстве по делу, т.е. заявить *самоотвод*. Эта обязанность возникает при наличии оснований для их отвода, независимо от того, знают ли о наличии таких оснований другие участники процесса и требуют ли они отвода названных лиц.

2. В части 2 комм. статьи говорится о том, что стороны могут заявить отвод указанным лицам, «в случае, если лица, указанные в части первой настоящей статьи, не устранились от участия в производстве по уголовному делу». Однако отсутствие заявления о самоотводе не является необходимым условием для возникновения права сторон заявить перечисленным лицам отвод. Это может быть сделано всегда, когда другим участникам процесса стали известны основания для отвода. Представляется, что отвод следователю, дознавателю, прокурору может быть заявлен на досудебных стадиях процесса в любое время вплоть до направления уголовного дела с обвинительным заключением в суд. Если отвод следователю или дознавателю заявлен после поступления дела с обвинительным заключением прокурору и тот его удовлетворяет, дело должно быть возвращено прокурором для дополнительного расследования с того момента, когда возникли основания для отвода с передачей дела другому следователю или дознавателю (п. 9 ч. 2 ст. 37, п. 3 ч. 1 ст. 221). Заявление о наличии оснований для отвода следователя и дознавателя, которые имели место в период досудебного производства, может быть сделано сторонами и в судебных стадиях процесса, однако это влечет за собой не отвод этих лиц, а обсуждение вопроса о недопустимости полученных ими доказательств и их исключении (ч. 2, 4 ст. 88). Отвод судье может быть заявлен в порядке, установленном ст. 64 (см. комм. к ней).

3. УПК РФ, как и прежнее уголовно-процессуальное законодательство, оставляет не решенной проблему: может ли суд, а также (на досудебном производстве) прокурор, следователь или дознаватель при обнаружении оснований для отвода соответственно государственного обвинителя, секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта, специалиста, защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика *по собственной инициативе* поставить и разрешить вопрос об их отводе, если сами они не заявляют самоотвода, а лица, перечисленные в ч. 2 комм. статьи, также не делают заявления об их отводе. Нам представляется, что данный вопрос может быть поставлен и разрешен по собственной инициативе судом, а в досудебном производстве — также и прокурором. Следует принять во внимание, что основания для отвода, названные в статьях гл. 9, являются обстоятельствами, *исключающими* участие соответствующих лиц в уголовном судопроизводстве. В то же время суд как публичный орган правосудия обязан создавать «необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав» (ч. 3 ст. 15), а прокурор — «осуществлять от имени государства… надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия» (ч. 1 ст. 37). Оставление ими без внимания обнаружившихся обстоятельств, исключающих участие в уголовном судопроизводстве, только по той причине, что стороны уклоняются от заявления отвода или самоотвода, должно повлечь в дальнейшем признание полученных доказательств недопустимыми (ч. 1 ст. 75, ч. 2 ст. 88), а также может привести к отмене принятого по делу решения (ч. 1 ст. 381).

СТАТЬЯ 63
НЕДОПУСТИМОСТЬ ПОВТОРНОГО УЧАСТИЯ СУДЬИ В РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции, не может участвовать в рассмотрении данного уголовного дела в суде второй инстанции или в порядке надзора, а равно участвовать в новом рассмотрении уголовного дела в суде первой или второй инстанции либо в порядке надзора в случае отмены вынесенных с его участием приговора, а также определения, постановления о прекращении уголовного дела.

2. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде второй инстанции, не может участвовать в рассмотрении этого уголовного дела в суде первой инстанции или в порядке надзора, а равно в новом рассмотрении того же дела в суде второй инстанции после отмены приговора, определения, постановления, вынесенного с его участием.

3. Судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в порядке надзора, не может участвовать в рассмотрении того же уголовного дела в суде первой или второй инстанции.

1. Положения комм. статьи направлены на обеспечение объективности и беспристрастности судей при рассмотрении уголовных дел, по которым они однажды уже прямо или косвенно высказали свою позицию, затрагивающую вопрос об уголовной ответственности обвиняемого или подозреваемого. Закон при этом исходит из опасения, что такой судья может быть связан ранее высказанной им по делу позицией. Так, судья, принимавший участие в рассмотрении дела по существу в суде первой инстанции, не вправе участвовать в рассмотрении того же самого дела в судах второй, кассационной и надзорной инстанций, т.к. в противном случае он должен будет оценивать свои собственные решения, выступать судьей «в своем собственном деле». Кроме того, в случае отмены вынесенного с его участием *приговора либо решения о прекращении дела*, судья не имеет права участвовать в рассмотрении того же дела после его направления вышестоящим судом на новое разбирательство как в суде первой, так второй и надзорной инстанций. В последних двух случаях имеются в виду ситуации, когда судья, выносивший решение в первой инстанции, за время пересмотра этого решения и последующих судебных определений и постановлений стал членом суда кассационной или надзорной инстанции, и именно туда направил дело для нового рассмотрения вышестоящий суд. Однако запрет на участие судьи в пересмотре своего решения в вышестоящем суде или в новом судебном рассмотрении после отмены решения распространяется только на приговор или решение о прекращение дела, но не касается других решений, вынесенных в ходе судебного производства по первой инстанции, как то: о направлении уголовного дела по подсудности, о приостановлении производства по уголовному делу, о возвращении его прокурору и т.д. Объясняется это тем, что подобные решения являются промежуточными и вспомогательными, не затрагивают вопроса об уголовной ответственности обвиняемого, а потому не могут создавать у судьи предустановленного мнения по делу.

2. Согласно подп. 10 п. 4 ст. 1 ФЗ от 29.05.2002 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», отменившего ч. 2 ст. 63 УПК в его первоначальной редакции, судья все же получил право

принимать участие в судебном разбирательстве дела в первой инстанции, рассмотрении дела во второй (в данном случае кассационной) и надзорной инстанции, даже если в ходе *досудебного производства* он принимал решения, которые могут косвенно способствовать формированию у него субъективного мнения, в той или иной степени касающегося виновности или невиновности обвиняемого либо, по крайней мере, его личных качеств, косвенно связанных с вопросом о виновности. Это решения о заключении обвиняемого под стражу и продлении срока содержания под стражей (ст. 108), а также решения, принимаемые судьей по результатам проверки законности и обоснованности применения в отношении подозреваемого или обвиняемого задержания, заключения под стражу, а также продления срока его содержания под стражей (ст. 125). Так, например, избрание судьей в качестве меры пресечения заключения обвиняемого под стражу на том основании, что он может заниматься преступной деятельностью, угрожать свидетелям и т.д. (ст. 97), вольно или невольно склоняет судью к мысли, что перед ним правонарушитель. В дальнейшем при рассмотрении уголовного дела это предварительное суждение имеет тенденцию выполнять роль *управляющей гипотезы*, которая психологически направляет ход судейской мысли в заданное русло. О косвенном признании законодателем опасности совмещения арестных полномочий судьи с последующим участием в рассмотрении того же уголовного дела по существу свидетельствует положение ч. 13 ст. 108, согласно которому не допускается возложение указанных полномочий на одного и того же судью на постоянной основе. Эти полномочия распределяются между судьями соответствующего суда в соответствии с принципом распределения уголовных дел. Исключение законом первоначально установленного УПК РФ запрета судьям участвовать в дальнейшем в разбирательстве дела продиктовано, по-видимому, нехваткой судейских кадров в ряде российских судов и потому имеет, вероятно, временный характер.

3. Судья второй инстанции, участвовавший в рассмотрении уголовного дела в апелляционном или кассационном порядке, также не вправе участвовать в новом (повторном) рассмотрении того же дела в составе суда первой инстанции (в случае направления его туда из кассационной инстанции для нового рассмотрения) или в порядке надзора, а равно в новом рассмотрении того же дела в суде второй инстанции в случае *отмены* приговора (апелляционной инстанции), определения, постановления, вынесенного с его участием. Если же такой отмены не было, то судья вправе повторно участвовать в рассмотрении этого дела в суде второй инстанции[1].

4. По смыслу ч. 4 комм. статьи не является препятствием для повторного участия судьи в составе надзорной инстанции то, что он ранее уже рассматривал это дело в порядке надзора. Это, по-видимому, объясняется организационными причинами (ограниченное количество судей — членов президиумов судов).

5. Согласно ч. 2 ст. 417 предыдущее рассмотрение уголовного дела в кассационном порядке или в порядке надзора не препятствует его рассмотрению той же судебной инстанцией в порядке *возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств*. Следовательно, только рассмотрение судьей уголовного дела *в первой инстанции* всегда должно исключать его участие в производстве по новым и вновь открывшимся обстоятельствам. Однако обратного запрета ни в ст. 63, ни в ст. 417, ни в какой-либо другой норме УПК не установлено,

[1] См. постановление Президиума ВС РФ от 06.08.2003 г. № 106п2003.

т.е. судья, принимавший участие в производстве по новым и вновь открывшимся обстоятельствам, может в дальнейшем участвовать в рассмотрении того же дела в любой другой судебной инстанции.

СТАТЬЯ 64
ЗАЯВЛЕНИЕ ОБ ОТВОДЕ СУДЬИ

1. При наличии обстоятельств, предусмотренных статьями 61 и 63 настоящего Кодекса, судье может быть заявлен отвод участниками уголовного судопроизводства.

2. Отвод судье заявляется до начала судебного следствия, а в случае рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей — до формирования коллегии присяжных заседателей. В ходе дальнейшего судебного заседания заявление об отводе допускается лишь в случае, когда основание для него ранее не было известно стороне.

1. Положение, согласно которому отвод судье может быть заявлен лишь до начала судебного следствия, а в случае рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей — до начала формирования коллегии присяжных заседателей, исходит из того, что в стадии подготовки к судебному заседанию, а также в подготовительной части судебного заседания у сторон было для этого достаточно времени и возможностей. Последующее заявление отвода, основания для которого были известны стороне заранее, по сути, является злоупотреблением своим правом и ведет к неоправданной дезорганизации судебного процесса.

Вместе с тем закон предусматривает обязанность председательствующего в подготовительной части судебного заседания *разъяснить* сторонам их право заявить отвод составу суда или кому-либо из судей *в соответствии с гл. 9 УПК* (ч. 1 ст. 266). То есть право на отвод должно не только называться, но и раскрываться — с указанием и разъяснением в доступной форме всех оснований для отвода, предусмотренных указанной главой. На практике разъяснение права на заявление отводов в целях экономии времени часто производится судом слишком кратко, без раскрытия или даже простого перечисления всех оснований для отвода, предусмотренных гл. 9 УПК. Представляется, что если такого разъяснения вопреки ясному требованию закона сделано не было, то заявление об отводе допустимо даже по заранее известным участникам процесса в фактическом отношении, но не сразу осознанным ими в качестве юридически значимых основаниям (в частности, в случае если кто-либо из судей должен быть допрошен в качестве свидетеля по делу). Это замечание относится главным образом к участникам, не являющимся профессиональными юристами, т.е. к обвиняемому (подсудимому), потерпевшему и его законному представителю, гражданскому истцу и гражданскому ответчику и их представителям, которые могут прийти к выводу о наличии основания для отвода, например, после консультации со своим адвокатом в перерыве судебного заседания.

2. Ограничение участников процесса возбуждать вопрос об отводе судьям только до определенного момента не распространяется на сам суд. При наличии оснований для отвода судья обязан заявить самоотвод, а председательствующий поставить вопрос об отводе судьи перед составом суда в порядке, предусмотренном ст. 65.

3. В части 1 комм. статьи говорится о том, что отвод судье может быть заявлен *участниками уголовного судопроизводства*. Но к ним, согласно нормам гл. 8 УПК, относятся не только стороны обвинения и защиты, но и иные участники уголовного судопроизводства: свидетель, эксперт, специалист, переводчик и т.д. Значит ли это, что названные лица также могут заявлять отводы? Анализ ряда норм УПК указывает на то, что они не могут этого сделать. Согласно ч. 2 ст. 62 отвод судье (как и другим лицам, указанным в этой статье) может быть заявлен подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, защитником, а также государственным обвинителем, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями, т.е. сторонами. В ч. 2 ст. 64 также сказано, что «в ходе дальнейшего судебного заседания заявление об отводе допускается лишь в случае, когда основание для него ранее не было известно *стороне*.

СТАТЬЯ 65
ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ЗАЯВЛЕНИЯ ОБ ОТВОДЕ СУДЬИ

1. Отвод, заявленный судье, разрешается судом в совещательной комнате с вынесением определения или постановления.

2. Отвод, заявленный судье, разрешается остальными судьями, если уголовное дело рассматривается судом коллегиально, в отсутствие судьи, которому заявлен отвод. Судья, которому заявлен отвод, вправе до удаления остальных судей в совещательную комнату публично изложить свое объяснение по поводу заявленного ему отвода.

3. Отвод, заявленный нескольким судьям или всему составу суда, разрешается тем же судом в полном составе большинством голосов.

4. Отвод, заявленный судье, единолично рассматривающему уголовное дело, либо ходатайство о применении меры пресечения или производстве следственных действий, либо жалобу на постановление об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении, разрешается этим же судьей.

5. В случае удовлетворения заявления об отводе судьи, нескольких судей или всего состава суда уголовное дело, ходатайство либо жалоба передаются в производство соответственно другого судьи или другого состава суда в порядке, установленном настоящим Кодексом.

6. Если одновременно с отводом судье заявлен отвод кому-либо из других участников производства по уголовному делу, то в первую очередь разрешается вопрос об отводе судьи.

1. Судья, которому заявлен отвод, имеет право публично изложить свое объяснение по поводу заявленного ему отвода до удаления остальных судей в совещательную комнату (ч. 2 комм. статьи). В УПК РСФСР говорилось об изложении объяснения судьи, хотя и публично, но *остальным судьям* (ст. 62). Таким образом, по новому Кодексу судья объясняет свое отношение к заявленному отводу, обращаясь не только к другим судьям, но и ко всем участникам процесса, присутствующим в зале судебного заседании, а также к присутствующей публике. Содержание такого объяснения закон не раскрывает, но оно, как нам представляется, должно содержать, во-первых, оценку судьей данных, послуживших основанием для отвода, а во-вторых, юридиче-

скую оценку обстоятельств, в связи с которыми ему был заявлен отвод. В случае если судья не признает наличия фактических оснований для отвода, он должен сослаться на доказательства, подтверждающие их отсутствие, либо (если такие данные находятся вне уголовного дела) объявить перерыв судебного заседания для их представления. В этих целях суд может также отложить судебное разбирательство на определенный срок (ст. 253). По-видимому, это единственный случай, когда соответствующие доказательства могут быть оглашены еще в подготовительной части судебного заседания, до начала судебного следствия.

2. Остальные судьи (при коллегиальном составе суда) или сам отводимый судья (при единоличном рассмотрении дела) после публичного изложения объяснений по поводу заявленного отвода могут также выслушать мнение участников судебного заседания по этому вопросу.

3. Отвод, заявленный единоличному судье, по смыслу ч. 1 ст. 65 и ч. 2 ст. 256, также должен разрешаться им в совещательной комнате с вынесением постановления.

4. Определение или постановление об удовлетворении либо отклонении отвода выносится в виде отдельного процессуального документа, должно быть мотивированным и оглашается в судебном заседании (ч. 2 ст. 256).

5. Пункт 5 комм. статьи содержит ссылку на *порядок, установленный Кодексом* для передачи дела, ходатайства или жалобы в производство другого судьи или другого состава суда в случае удовлетворения заявления об отводе единоличного судьи, нескольких судей или всего состава суда. Однако такой порядок предусмотрен в УПК только для случаев, если *все судьи* данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу, что является основанием для их отвода в соответствии со ст. 63 УПК (ст. 35). При этом председателем вышестоящего суда или его заместителем в порядке, установленном для судебного рассмотрения жалоб (ч. 3, 4, 6 ст. 125), решается вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела. Представляется, что в прочих случаях вопрос о передаче дела (ходатайства, жалобы) в производство другого судьи или другого состава суда должен решаться председателем соответствующего суда.

СТАТЬЯ 66
ОТВОД ПРОКУРОРА

1. Решение об отводе прокурора в ходе досудебного производства по уголовному делу принимает вышестоящий прокурор, а в ходе судебного производства — суд, рассматривающий уголовное дело.

2. Участие прокурора в производстве предварительного расследования, а равно его участие в судебном разбирательстве не является препятствием для дальнейшего участия прокурора в производстве по данному уголовному делу.

1. Основания, предусмотренные для отвода судьи действительны и для прокурора, за исключением его участия в производстве предварительного расследования, а также его участия в судебном разбирательстве. Предыдущее участие прокурора в производстве предварительного расследования — это не только участие в качестве собственно прокурора, заместителя прокурора, помощника прокурора, но и в каче-

стве следователя, дознавателя, иного работника органа дознания, если случилось так, что в тот момент будущий прокурор занимал эти должности. Участие прокурора в *судебном разбирательстве* — это и предыдущее поддержание им государственного обвинения в суде первой и второй инстанций по данному делу в качестве стороны и его участие в надзорной инстанции в качестве органа, принимающего участие в надзоре за законностью. Как представляется, в последнем качестве прокурор принимает участие и при возобновлении производства по делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, хотя оно и не именуется в УПК судебным разбирательством (п. 51 ст. 5).

2. Если прокурор при наличии соответствующих оснований не заявляет самоотвод, а другие участники процесса не делают заявлений о его отводе, суд или вышестоящий прокурор, на наш взгляд, вправе поставить и разрешить данный вопрос по собственной инициативе (см. также п. 3 комм. к ст. 62).

2. В отличие от судебной практики, имевшей место в период действия УПК РСФСР, следователь прокуратуры, иные должностные лица органа прокуратуры, а также должностное лицо органа дознания по поручению прокурора *могут* поддерживать в суде государственное обвинение по уголовному делу, в т.ч. и по тому, которое они сами расследовали (п. 6 ст. 5) (см. также п. 4 комм. к ст. 5).

СТАТЬЯ 67
ОТВОД СЛЕДОВАТЕЛЯ ИЛИ ДОЗНАВАТЕЛЯ

1. Решение об отводе следователя или дознавателя принимает прокурор.

2. Предыдущее участие следователя, дознавателя в производстве предварительного расследования по данному уголовному делу не является основанием для его отвода.

1. В комм. статье речь идет об отводе только следователя или дознавателя, однако по общему смыслу закона отвод может быть заявлен и иным сотрудникам органа дознания, другим должностным лицам, которым предоставлены полномочия органов дознания в соответствии со ст. 40 при проведении неотложных следственных действий (ст. 157), а также должностным лицам органа, осуществляющего ОРД, привлеченным следователем к участию в следственном действии в порядке ч. 7 ст. 164.

2. Заявление об отводе или самоотводе следователя или дознавателя, имеющее вид отдельного процессуального документа, приобщается к материалам уголовного дела, а устное заявление заносится в протокол следственного или иного процессуального действия. В случае удовлетворения заявленного отвода прокурор отстраняет следователя или дознавателя от дальнейшего производства расследования и передает дело другому следователю или дознавателю (п. 7, 8 ч. 2 ст. 37).

3. Представляется, что если следователь и дознаватель при обнаружении соответствующих оснований не заявляют самоотвод, а другие участники процесса не делают заявлений об их отводе, прокурор вправе поставить и разрешить данный вопрос по собственной инициативе (см. также п. 3 комм. к ст. 62).

4. Часть 2 ст. 41 предусматривает еще одно основание для отвода дознавателя — проведение им по данному уголовному делу оперативно-розыскных мероприятий.

СТАТЬЯ 68
ОТВОД СЕКРЕТАРЯ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. Решение об отводе секретаря судебного заседания принимает суд, рассматривающий уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей.

2. Предыдущее участие лица в производстве по уголовному делу в качестве секретаря судебного заседания не является основанием для его отвода.

1. Секретарь судебного заседания принимает участие на только в ходе судебного разбирательства, но и в судебных заседаниях на досудебном производстве — при решении судьей вопроса о применении заключения под стражу и домашнего ареста, продлении сроков содержания под стражей, переводе лица в психиатрический стационар (ст. 107, 108, ч. 1 ст. 435), при рассмотрении жалоб участников процесса (ст. 125), при рассмотрении вопроса о получении разрешений на производство следственных действий и наложении ареста на имущество, помещении подозреваемого или обвиняемого, не содержащихся под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ст. 115, 165, ч. 2 ст. 203). От того, насколько добросовестно, полно и объективно отражаются в таких протоколах процессуальные действия и решения, зависит законность и обоснованность выносимых приговоров, определений и постановлений суда (судьи). Поэтому на указанных секретарей распространяются общие требования незаинтересованности в рассматриваемом деле (производстве).

2. Право участников судебного заседания на отвод секретаря должно быть разъяснено им председательствующим. Представляется, что отводимому секретарю судебного заседания следует предоставить возможность дать объяснения по поводу оснований заявленного ему отвода, после чего суду необходимо выслушать мнение сторон. Разрешение вопроса об отводе секретаря судебного заседания разрешается всем составом суда в совещательной комнате. Определение (постановление) суда должно быть мотивированным.

СТАТЬЯ 69
ОТВОД ПЕРЕВОДЧИКА

1. Решение об отводе переводчика в ходе досудебного производства по уголовному делу принимает дознаватель, следователь или прокурор, а также суд в случаях, предусмотренных статьей 165 настоящего Кодекса. В ходе судебного производства указанное решение принимает суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей.

2. При наличии обстоятельств, предусмотренных статьей 61 настоящего Кодекса, отвод переводчику может быть заявлен сторонами, а в случае обнаружения некомпетентности переводчика — также свидетелем, экспертом или специалистом.

3. Предыдущее участие лица в производстве по уголовному делу в качестве переводчика не является основанием для его отвода.

1. В первом предложении комм. статьи говорится о том, что на досудебных стадиях процесса суд разрешает вопрос об отводе переводчика «в случаях, предусмотренных статьей 165 настоящего Кодекса». Однако указанная статья регламентирует судебный порядок получения разрешения прокурором и следователем на производство ряда следственных действий. При этом в судебном заседании, кроме судьи и секретаря, могут принимать участие лишь прокурор и следователь, которые, как и судья, обязаны знать язык, на котором ведется судопроизводство, и не нуждаться в переводчике. С другой стороны, на момент проведения данного судебного заседания вряд ли еще может возникнуть вопрос об отводе переводчика, участие которого в испрашиваемом следственном действии только планируется, поскольку более логично будет пригласить для участия в производстве следственного действия, на которое в порядке ст. 165 получено разрешение судьи, другого переводчика, не подпадающего под основания для отвода. Закон знает случаи проведения судебного заседания на досудебных стадиях процесса, где вопрос об отводе переводчика и разрешении его судом, действительно, может иметь практическое значение, а именно: при решении судьей вопроса о применении заключения под стражу и домашнего ареста, продлении сроков содержания под стражей, переводе лица в психиатрический стационар (ст. 107, 108, ч. 1 ст. 435), при рассмотрении жалоб участников процесса (ст. 125), наложении денежного взыскания (ст. 118). В этих судебных заседаниях принимают участие и другие участники судопроизводства, помимо прокурора или следователя, и им может требоваться помощь переводчика.

По буквальному смыслу комм. статьи (вместе с положением ч. 1 ст. 165) дознаватель, следователь и прокурор вправе *по собственной инициативе* принимать решение об отводе переводчика лишь в случаях, предусмотренных п. 4—9, 11 ч. 2 ст. 29, т.е. только тогда, когда указанные действия затрагивают конституционные права граждан. Представляется, что во всех прочих случаях закон предполагает ординарный порядок отвода переводчика, когда дознавателем, следователем и прокурором *разрешается* заявление об отводе, сделанное *сторонами*.

Приведенные соображения имеют отношение также к отводу эксперта, специалиста, защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика (см. комм. к ст. 70—72).

2. Отвод переводчику может быть заявлен не только сторонами, но и иными участниками судопроизводства — свидетелем, экспертом и специалистом, но лишь в случае обнаружения его некомпетентности. По-видимому, имеются в виду в основном ситуации, когда указанные лица сами не владеют в достаточной степени языком, на котором ведется судопроизводство, и переводчик вызван для оказания им помощи в переводе показаний, заключения эксперта и т.д. Однако в подобных случаях трудно представить, как свидетель, эксперт и специалист могут практически обнаружить неточность перевода.

СТАТЬЯ 70
ОТВОД ЭКСПЕРТА

1. Решение об отводе эксперта принимается в порядке, установленном частью первой статьи 69 настоящего Кодекса.

2. Эксперт не может принимать участие в производстве по уголовному делу:

1) при наличии обстоятельств, предусмотренных статьей 61 настоящего Кодекса. Предыдущее его участие в производстве по уголовному делу в качестве эксперта или специалиста не является основанием для отвода;

2) если он находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей;

3) если обнаружится его некомпетентность.

1. Решение об отводе эксперта может быть принято согласно процедуре, установленной ч. 1 ст. 69 *(*см. об этом п. 1 комм. к ст. 69).

2. УПК РСФСР устанавливал такое основание для отвода эксперта, как его предыдущее участие в деле в качестве специалиста (п. 3а ч. 1 ст. 67). В новом Кодексе это основание для отвода эксперта не предусмотрено. Таким образом, специалист, приглашенный стороной, например для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, требующих специальных знаний, также может по инициативе сторон или суда быть привлечен затем в качестве эксперта.

3. Эксперт подлежит отводу, если он находится *в служебной* или иной зависимости от сторон или их представителей (п. 2 ч. 2 ст. 70). Но к участникам процесса, выступающим на стороне обвинения, принадлежат, в частности, и *органы дознания* (ст. 40), к которым, в числе других, относятся ОВД, Министерства юстиции, ФСБ, таможенные органы. Однако лица, чаще всего назначаемые экспертами, в основном сосредоточены именно в учреждениях системы МВД, Министерства юстиции, ФСБ, Главного таможенного комитета, т.е. фактически находятся в прямой или косвенной служебной зависимости от указанных органов дознания. Если ограничиться логическим толкованием п. 2 ч. 2 комм. статьи, то можно прийти к выводу, что все они не могут принимать участие в уголовном судопроизводстве.

СТАТЬЯ 71
ОТВОД СПЕЦИАЛИСТА

1. Решение об отводе специалиста принимается в порядке, установленном частью первой статьи 69 настоящего Кодекса.

2. Специалист не может принимать участие в производстве по уголовному делу при наличии обстоятельств, предусмотренных частью второй статьи 70 настоящего Кодекса. Предыдущее участие лица в производстве по уголовному делу в качестве специалиста не является основанием для его отвода.

1. Основания и порядок отвода специалиста аналогичны основаниям и порядку отвода эксперта (см. комм. к ст.70).

2. Предыдущее участие такого лица в производстве по уголовному делу в качестве специалиста не является основанием для его отвода. По смыслу ч. 2 комм. статьи, вкупе с положениями п. 1 ч. 2 ст. 70, не является основанием для отвода специалиста и предыдущее его участие в производстве по делу в качестве эксперта. Вместе с тем если лицо ранее принимало участие в деле как эксперт и давало экспертное заключение, то оно не должно выступать в суде с разъяснением специальных вопросов, входящих в предмет данной экспертизы, в качестве специалиста (ч. 1 ст. 58), а может делать это только как эксперт (ч. 2 ст. 80).

СТАТЬЯ 72
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ УЧАСТИЕ В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ЗАЩИТНИКА, ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ПОТЕРПЕВШЕГО, ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА ИЛИ ГРАЖДАНСКОГО ОТВЕТЧИКА

1. Защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если он:

1) ранее участвовал в производстве по данному уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого;

2) является близким родственником или родственником судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимавшего либо принимающего участие в производстве по данному уголовному делу, или лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты;

3) оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

2. Решение об отводе защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика принимается в порядке, установленном частью первой статьи 69 настоящего Кодекса.

1. Согласно п. 1 ч. 1 комм. статьи защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если они ранее участвовали в производстве *по данному уголовному делу* в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого. Основанием для такого запрета служит прежде всего то, что предыдущее выполнение защитником, представителем потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика названных функций по данному делу означает или может означать преждевременную информированность их о доказательственных материалах и доводах противоположной стороны, что нарушает соблюдение принципа равенства сторон в состязательном уголовном судопроизводстве. Например, будучи ранее свидетелем, экспертом или специалистом со *стороны защиты*, представитель гражданского истца может получить перед этой стороной неоправданное преимущество, поскольку будет заранее знать часть доказательств, приводимых ею в свою пользу. Вместе с тем, если защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика ранее принимали участие в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого по *другому* уголовному делу, хотя бы и по обвинению того же самого лица, они отводу не подлежат.

2. Согласно п. 2, 3 ч. 3 ст. 56 защитник подозреваемого или обвиняемого и адвокат — представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика не могут быть допрошены в качестве свидетеля об обстоятельствах уголовного дела,

которые стали им известны при выполнении своих профессиональных обязанностей по оказанию юридической помощи, независимо от времени и обстоятельств получения ими таких сведений. Поэтому неправомерны попытки допросить указанных лиц в качестве свидетелей (особенно с целью их последующего отвода) об обстоятельствах, которые стали им известны соответственно в связи с участием в производстве по данному уголовному делу (защитник) либо в связи с оказанием юридической помощи в иных формах (адвокат)[1]. Однако если обстоятельства дела стали известны защитнику и адвокату не в связи с их участием в производстве по данному уголовному делу и не в связи с оказанием юридической помощи (например, лицо, приглашенное впоследствии в качестве защитника либо представителя, было очевидцем события преступления, алиби обвиняемого и т.п.), они могут быть допрошены в качестве свидетелей и тогда подлежат отводу, а с согласия или по инициативе своих доверителей — и замене другим защитником или представителем. Следует также иметь в виду, что адвокат и защитник вправе по своему ходатайству давать показания *в интересах* своего подзащитного, например, по факту фальсификации материалов дела следователем[2].

3. Основанием для отвода защитника и представителей служат родственные отношения, но не отношения *свойства* либо их иные *близкие отношения* с судьей, прокурором, следователем, дознавателем, секретарем судебного заседания.

4. О противоречии интересов лиц, которым оказывается юридическая помощь, см. п. 8 комм. к ст. 49.

5. О порядке принятия решения об отводе, заявленного защитнику или представителю потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика на досудебных стадиях процесса, см. п. 1 комм. к ст. 69.

---

[1] См. Определение КС РФ от 06.07.2000 г. № 128-О // РГ. 03.08.2000.

[2] См. Определение КС РФ от 06.03.2003 г. № 108-О // РГ. 27.05.2003.

РАЗДЕЛ III. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ

ГЛАВА 10. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

СТАТЬЯ 73
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ДОКАЗЫВАНИЮ

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления);

2) виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы;

3) обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого;

4) характер и размер вреда, причиненного преступлением;

5) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;

6) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;

7) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания;

8) обстоятельства, подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации в соответствии со статьей 104[1] Уголовного кодекса Российской Федерации, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации) *(п. 8 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

2. Подлежат выявлению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления.

1. Обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, есть предмет доказывания. В комм. статье указаны не все обстоятельства, составляющие предмет доказывания по уголовным делам, а только те, которые в теории уголовного процесса принято называть *главным фактом*, поскольку от доказанности или недоказанности этих обстоятельств напрямую зависит решение вопроса об уголовной ответственности — главного вопроса уголовного дела. Кроме того, по конкретным делам подлежат доказыванию и другие фактические обстоятельства — т.н. *доказательственные факты*, которые в своей совокупности позволяют сделать логические выводы о наличии или отсутствии обстоятельств главного факта. Круг доказательственных фактов может быть весьма широк, а сами они разнообразны, в связи с чем обычно не представляется возможным дать в законе их исчерпывающий перечень. К ним могут относиться, в частности, алиби обвиняемого (см. о нем п. 1 комм. к ст. 5); идентичность объектов, представленных на экспертизу, и образцов для сравнительного исследования, добросовестность свидетеля; добровольность дачи показаний; свободный или вынужденный характер отказа обвиняемого от защитника и т.д и т.п.

Помимо этого ряд процессуальных действий и решений имеют свой специфический предмет доказывания. Так, подлежат доказыванию: основания для задержания подозреваемого (ч. 1 ст. 91), для избрания мер пресечения (ч. 1 ст. 97), для приме-

нения меры пресечения — заключение под стражу в исключительных случаях (ч. 1 ст. 108); неисполнение участниками уголовного судопроизводства их процессуальных обязанностей как основание для наложения на них денежного взыскания (ст. 117); основания для обыска (ст. 182), выемки (ст. 183), наложения ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотра и выемки (ст. 185), контроля и записи переговоров (ст. 186), очной ставки (ст. 192); основания для приостановления и возобновления предварительного следствия (ст. 208, 211); основания для проведения закрытого судебного разбирательства (ч. 2 ст. 241); наличие согласия обвиняемого с предъявленным ему обвинением и постановлением приговора без проведения судебного разбирательства (ст. 314); основания для решения вопросов, подлежащих рассмотрению судом при исполнении приговора (ст. 397, 398); факт нарушения уголовно-процессуального закона (ст. 381), факт установления Европейским Судом по правам человека нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом РФ уголовного дела как основание для возобновления производства по делу ввиду новых обстоятельств (п. 2 ч. 4 ст. 413); обстоятельства, подлежащие установлению по делам в отношении несовершеннолетних (ст. 421), а также в отношениии лиц, указанных в ч. 1 ст. 433 (ст. 434). Вместе с тем основания не всех из названных здесь процессуальных решений должны быть доказаны с полной несомненностью — некоторые из них могут быть установлены с той или иной степенью вероятности, достаточной для проведения соответствующих процессуальных действий. Например, для принятия решения о проведении обыска необходимы доказательства, дающие основание полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 182). В то же время для принятия решения о выемке нужны доказательства, позволяющие знать точно, где и у кого находятся определенные предметы и документы, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 183).

2. Доказываться может не только наличие, но и отсутствие указанных обстоятельств. Однако обязанность и бремя их доказывания распределяется между сторонами по-разному. По общему правилу бремя доказывания в уголовном процессе лежит на обвинителе (более подробно об этом см. п. 4, 5 комм. к ст. 14).

3. Установление наличия некоторых из обстоятельств, входящих в предмет доказывания, может происходить не путем собирания и исследования доказательств, а путем констатации их *общеизвестности* (например, что в 3 часа пополудни летом в данной местности еще светло) или *очевидности* (в частности, то, что взрослый человек способен отдавать себе отчет в своих действиях и руководить ими). Однако такого рода обстоятельства могут быть поставлены под сомнение при представлении доказательств обратного. В этом случае они подлежат обязательной проверке путем доказывания.

4. Понятие «*событие преступления*» в широком смысле охватывает совокупность всех признаков преступления. Однако в п. 1 ч. 1 комм. статьи оно понимается в более узком значении. В него не включается виновность лица (п. 2), характер и размер вреда, причиненного преступлением (п. 4), и т.д. Термин «событие преступления» используется здесь для обозначения обстоятельств, относящихся к объекту и объективной стороне преступления. Вопрос об объекте преступления требует установления, кому причинен вред данным деянием и на что было направлено преступное посягательство. Объективная сторона преступления может быть установлена также посредством доказывания обстоятельств, относящихся к самому деянию, его последствиям

(которые не всегда выражаются в причинении конкретного вреда, например, в случае формальных составов преступления) и причинной связи между ними. При этом выясняется конкретное содержание события, определяемое его характеристикой в соответствующих нормах уголовного закона, конкретным способом совершения преступления, наличием и числом соучастников, временем и местом совершения инкриминируемого деяния. Время и место совершения преступления может иметь непосредственно квалифицирующее значение (например, незаконная охота в запрещенное для нее время года, нарушение уставных правил караульной, вахтенной службы и т.п.), в ряде случаев играет роль смягчающих или отягчающих наказание обстоятельств, но чаще служит для необходимой конкретизации обвинения. Степень конкретизации самих времени и места события преступления зависит от характера уголовного дела. В одних случаях достаточно установить дни или день, в других необходимо точно доказать час и минуту совершения деяния. Без временной и пространственной локализации преступления обвинение нельзя считать доказанным. Так, не могут быть признанными законными такие формулировки обвинения, которые начинаются словами: «в неустановленное время, в неустановленном месте…» и т.д.

5. Понятие «*виновность* лица в совершении преступления» (п. 2) охватывает две группы обстоятельств: а) причастность лица к совершению преступного деяния, т.е. самоличность совершения его данным лицом; б) наличие *вины* — психического отношения лица к своему противоправному поведению и его последствиям, имеющего форму умысла или неосторожности. Мотив преступления — это непосредственная внутренняя побудительная причина преступного деяния (корысть, месть, наркозависимость, сексуальные побуждения и т.д.). Мотив должен быть установлен независимо от того, охватывается ли он соответствующим составом преступления, поскольку без этого невозможно определить степень общественной опасности преступления и личность виновного.

6. Доказывание обстоятельств, характеризующих личность обвиняемого (п. 3), необходимо для индивидуализации уголовной ответственности либо имеет значение для установления обстоятельств, указанных в п. 5—7 комм. статьи. Круг обстоятельств, характеризующих личность, включают в себя следующие их группы:

— *социально-демографические* признаки (фамилия, имя, отчество, пол, место жительства, возраст, семейное положение, профессия, образование и т. д.);

— *социально-правовой* статус личности (гражданство, место работы, должность, звания, государственные награды, наличие служебного иммунитета и т.п.);

— обстоятельства, характеризующие лицо как члена социальной общности (наличие иждивенцев, поведение в быту, на работе, отношение к моральным нормам и т.п.);

— физические и психо-физиологические признаки личности: наличие заболеваний, психических расстройств или иных болезненных состояний психики, алкогольная или наркозависимость и др.

Последняя группа обстоятельств позволяет, в частности, решать вопрос о вменяемости или невменяемости лица, совершившего деяние, запрещенное уголовным законом.

7. О доказывании характера и размера вреда, причиненного преступлением, см. комм. к ст. 42, 44, 54.

8. К обстоятельствам, исключающим преступность и наказуемость деяния (п. 5), относятся: необходимая оборона, причинение вреда при задержании лица, совер-

шившего преступление, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения (гл. 8 *УК*).

9. Обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание, предусмотрены соответственно ст. 61 и 63 *УК*. Перечень обстоятельств, *смягчающих наказание*, не является исчерпывающим, поэтому они могут определяться сторонами и судом. Практический интерес представляет вопрос о распределении бремени доказывания смягчающих обстоятельств. Необходимо обратить внимание на то, что согласно ч. 2 ст. 14 на стороне обвинения лежит бремя доказывания *обвинения*, т.е. утверждения о совершении лицом *деяния, запрещенного уголовным законом* (п. 22 ст. 5). Часть 2 ст. 21 также предусматривает обязанность прокурора, следователя, органа дознания, дознавателя принимать меры только к установлению *события преступления* и *изобличению лиц*, виновных в его совершении, что предполагает доказывание лишь виновности лица в совершении преступления и отягчающих наказание обстоятельств. Таким образом, по буквальному смыслу указанных норм обвинитель *не обязан доказывать наличие смягчающих* наказание обстоятельств. Представляется, однако, что обвинитель все же обязан выяснять вопрос о них, но, *по общему правилу,* лишь способом «от противного» — только в том случае, если в пользу этих обстотельств защитой приводятся разумные (т.е. опирающиеся на конкретные сведения) доводы либо если в процессе расследования и судебного разбирательства каким-либо иным образом обнаруживаются данные о них. Тогда в силу указания ч. 2 ст. 14 УПК *бремя опровержения* этих доводов ложится на сторону обвинения, т.е. если обвинитель не сумеет опровергнуть доводов защиты о существовании смягчающих наказание обстоятельств, они должны считаться доказанными. Такой способ распределения специального бремени доказывания оправдан, т.к. для обвинителя было бы непосильной задачей по собственной инициативе выяснять весь неопределенно широкий круг смягчающих обстоятельств, находящихся за пределами события преступления и его реальных познавательных возможностей. Фактически на стороне защиты в этих случаях лежит бремя доказывания смягчающих обстоятельств, хотя стандарт доказанности этих обстоятельств защитой много ниже, чем доказанности (опровержения этих обстоятельств) со стороны обвинителя, — он может оставаться и на уровне практической вероятности.

Несколько иначе решается вопрос, если смягчающие обстоятельства: а) охватываются соответствующим составом или событием преступления (несовершеннолетие обвиняемого, совершение преступления впервые или в результате физического или психического принуждения, при нарушении условий правомерности необходимой обороны, задержания, крайней необходимости, обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения, противоправность или аморальность поведения потерпевшего и т.п.) либо б) являются частью производства по данному делу и при этом могут быть основаниями для освобождения лица от уголовной ответственности (ст. 75, 76 *УК*): явка с повинной, активное способствование раскрытию преступления, примирение с потерпевшим, заглаживание причиненного вреда и т.п. В силу особой значимости таких смягчающих обстоятельств для исхода дела их доказывание — *безусловная и изначальная* обязанность как защитника, так и стороны уголовного преследования, хотя бремя доказывания (т.е. неблагоприятные последствия их недоказанности), по-прежнему, лежит на стороне защиты.

Доказывание отягчающих наказание обстоятельств целиком является обязанностью обвинителя. Их перечень является исчерпывающим, и они составляют неотъемлемую часть события преступления.

10. Обстоятельствами, которые могут повлечь за собой освобождение *от уголовной ответственности*, в соотвествии с *УК* служат:

— деятельное раскаяние (ст. 75);

— примирение с потерпевшим (ст. 76);

— истечение сроков давности (ст. 78) (см. о них комм. к ст. 24—28);

— акт амнистии (ст. 84).

Обстоятельствами, которые могут повлечь за собой освобождение *от наказания,* являются фактические основания решений:

— об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания (ст. 79 *УК*);

— о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания (ст. 80 *УК*);

— о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания либо об освобождении от наказания в виде ограничения по военной службе военнослужащего, уволенного с военной службы, в порядке, установленном ст. 148 *УИК*;

— об освобождении от наказания в связи с болезнью (ст. 81 *УК*);

— об отсрочке отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей (ст. 82 *УК*);

— об освобождении от отбывания наказания в связи с истечением срока давности обвинительного приговора (ст. 83 *УК*),

— об освобождении от наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу (ст. 10 *УК*, п. 13 ст. 397 УПК);

— об освобождении от наказания вследствие акта амнистии (ст. 84 *УК*);

— об освобождении от отбывания наказания вследствие акта помилования (ст. 85 *УК*);

— об освобождении от наказания несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия, предусмотренных ст. 90, 92 *УК*.

Часть этих обстоятельств может устанавливаться только на досудебных стадиях процесса и в судебном разбирательстве (обстоятельства, указанные в ст. 75—78, ч. 1 ст. 92 *УК*), часть — судом в порядке исполнения приговора (обстоятельства, указанные в ст. 79—83, ч. 2 ст. 92 *УК*, п. 13 ст. 397 УПК); часть — на всех стадиях процесса и исполнения наказания (основания для применения акта амнистии).

СТАТЬЯ 74
ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

1. Доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

2. В качестве доказательств допускаются:

1) показания подозреваемого, обвиняемого;

2) показания потерпевшего, свидетеля;

3) заключение и показания эксперта;

3.1) заключение и показания специалиста;

4) вещественные доказательства;

5) протоколы следственных и судебных действий;

6) иные документы.

1. Содержанием доказательств являются любые *сведения*, с помощью которых могут быть установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию при производстве по уголовному делу (ст. 73), а также иные обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Способность доказательств устанавливать эти обстоятельства получила в теории судопроизводства название *относимости доказательств.* Относимость — необходимое качество доказательства. Если сведения не имеют никакого значения для данного уголовного дела, они не должны приобщаться к его материалам. Вместе с тем указанная способность доказательств может быть не только несомненной, но и предположительной, вероятностной. Например, при проведении осмотра места происшествия следователь детально отражает в протоколе этого следственного действия *все обнаруженное* при осмотре, хотя многие из описанных в протоколе обстоятельств в дальнейшем могут оказаться не имеющими значения для дела. Однако на момент проведения осмотра имеется вероятность того, что любое из обнаруженных следователем обстоятельств может иметь для дела то или иное значение, поэтому они признаются относимыми. Если в ходе дальнейшего производства выяснится, что, на взгляд следователя, собранные сведения отношения к делу не имеют, они, тем не менее, продолжают оставаться в материалах дела, поскольку оценка доказательств осуществляется и другими участниками судопроизводства, которые могут иметь на этот счет иное мнение. Кроме того, не исключено, что в свете вновь собранных по делу доказательств эти сведения могут оказаться все же значимыми для дела.

2. В новом Кодексе выражение «*фактические* данные», ранее использовавшееся в УПК РСФСР (ч. 1 ст. 69) для характеристики доказательств, заменено словом «сведения». Как представляется, это уточнение направлено на то, чтобы доказательства *изначально* не рассматривались как *факты*, т.е. безусловно достоверные сведения. Они еще подлежат проверке исследованию судом и сторонами и могут быть оценены иначе. Другими словами, *достоверность* указанных сведений не является необходимым признаком доказательства — содержащиеся в доказательстве сведения могут указывать на искомые по делу обстоятельства и с вероятностью. Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сделан лишь при итоговой оценке определенной совокупности доказательств. Поэтому применительно к каждому отдельному доказательству, рассматриваемому изолированно от других, следует говорить не о том, что оно *устанавливает* искомые по делу обстоятельства (это было бы слишком категоричным утверждением), а о том, что оно *направлено на их установление* и в совокупности с другими доказательствами может их устанавливать.

3. Согласно определению доказательств, данного в ч. 1 комм. статьи, обстоятельства, подлежащие доказыванию, посредством доказательств *устанавливает* не только суд, но также прокурор, следователь и дознаватель. Иначе говоря, сведения, полученные в ходе предварительного расследования и в судебном разбирательстве, *в равной мере* признаются в комм. статье доказательствами. Однако не следует полагать, что все доказательства, полученные прокурором, следователем, дознавателем, т.е. стороной обвинения, имеют равный процессуальный статус с доказательствами, полученными *непосредственно* в суде. Так, согласно ч. 1 ст. 276 и ч. 1 ст. 281, оглашение показаний *неявившегося* в судебное заседание потерпевшего и свидетеля, данных, в частности, при производстве предварительного расследования, а также воспроизведение приложенных к протоколу допроса материалов фотографирования, аудио- и видеозаписи, киносъемки их показаний может иметь место, по общему пра-

вилу, лишь по ходатайству и *с согласия сторон.* Это означает, что протоколы допросов и показаний указанных лиц, полученных, в частности, на предварительном расследовании, обычно не могут оглашаться и использоваться в судебном разбирательстве наравне с показаниями подсудимых, потерпевших и свидетелей, данных *непосредственно* в судебном разбирательстве, если хотя бы одна из сторон (в т.ч. и сторона защиты) против этого возражает. Другими словами, в УПК РФ предусмотрены, как минимум, два вида доказательств, обладающих неодинаковой юридической силой, а именно, — доказательства, собранные на досудебных стадиях процесса, и собственно судебные доказательства (см. об этом также комм. к ст. 276, 281, 377).

4. Согласно ч. 1 комм. статьи доказательства должны быть получены лишь «в порядке, определенным настоящим Кодексом». Соответствие доказательства требованиям уголовно-процессуального права есть необходимое свойство *допустимости* доказательства. Вместе со свойством относимости оно создает достаточные условия для признания сведений доказательством по делу (см. об этом комм. к ст. 75).

5. В части 2 комм. статьи в качестве доказательств упоминаются лишь показания подозреваемого, обвиняемого, показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта, заключение и показания специалиста; вещественные доказательства, протоколы следственных и судебных действий и иные документы. Однако в других нормах УПК названы также: показания и объяснения гражданского истца (п. 3, 5 ч. 4 ст. 44), показания и объяснения гражданского ответчика (п. 3, 5 ч. 2 ст. 54), показания эксперта с разъяснением и дополнением данного им заключения (ст. 80, 282). Представляется, что по общему смыслу закона они также являются доказательствами по уголовному делу.

6. В части 2 комм. статьи дается классификация доказательств в зависимости от того, из какого *источника* получены сведения: от подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, эксперта, специалиста и т.д. Вместе с тем УПК РФ известна и иная классификация доказательств — в зависимости от отношения к обвинению — на *уличающие* или *оправдывающие* обвиняемого. Так, согласно тексту присяги, приносимой присяжными заседателями, они обязуются «принимать во внимание все рассмотренные в суде доказательства, как уличающие подсудимого, так и оправдывающие его» (ч. 1 ст. 332). К оправдывающим доказательствам относятся и те, которые указывают на наличие смягчающих наказание обстоятельств.

Кроме того, закон дает основания для классификации доказательств на *первоначальные* и *производные*. Первоначальные — это такие доказательства, когда между искомым обстоятельством и субъектом доказывания имеется один источник сведений, например очевидец события преступления. Производные доказательства предполагают наличие в распоряжении субъекта доказывания источника, производного от первоначального, — например свидетеля, ссылающегося на получение сведений об искомом обстоятельстве от другого лица, копии документа и т.д. Если производный свидетель не может указать источник своей осведомленности, его показания недопустимы в качестве доказательства (п. 2 ч. 2 ст. 75). В силу принципа непосредственности исследования доказательств при наличии производного доказательства субъект доказывания должен стремиться к получению доказательства первоначального — показаний свидетелей-очевидцев, подлинника документа и др., при условии если только они *достижимы* (свидетель может явиться в суд, подлинник документа существует и местонахождение его известно и т.д.). Именно в силу данного принципа стороны,

как отмечалось выше (см. п. 3 комм. к рассматриваемой статье), могут потребовать в суде непосредственного допроса свидетеля, потерпевшего, подсудимого, не ограничиваясь оглашением протоколов его предшествующего допроса.

СТАТЬЯ 75
НЕДОПУСТИМЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

1. Доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса.

2. К недопустимым доказательствам относятся:

1) показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде;

2) показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности;

3) иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса.

1. Допустимость — это соответствие доказательства требованиям уголовно-процессуального права, т.е. наличие у него надлежащей процессуальной формы. Отступление от этой формы может привести к недопустимости доказательства, т.е. лишению его юридической силы и невозможности использования в процессе доказывания. В части 1 комм. статьи недопустимость доказательства связывается с нарушением лишь требований самого УПК, однако согласно ч. 2 ст. 50 Конституции РФ «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». Конституция, таким образом, признает недопустимыми доказательства, собранные субъектами доказывания с нарушением *любого* федерального закона, а не только УПК. Конституционная норма в случае коллизии имеет преимущество перед отраслевой, поэтому ч. 1 ст. 75 УПК следует, на наш взгляд, толковать расширительно — в соответствии с текстом Конституции РФ. В противном случае доказательства, полученные органом дознания, например, в результате незаконных оперативно-розыскных мероприятий и оформленные с внешним соблюдением уголовно-процессуальной формы, могли бы считаться допустимыми. Например, оперативными сотрудниками органа дознания была проведена проверочная закупка наркотического вещества с последующим проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц без получения на то предварительного разрешения суда, несмотря на то, что этого требует ч. 2 ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Если полученное в ходе такой закупки наркотическое вещество и обнаруженные у продавца денежные купюры были осмотрены с соблюдением процессуальных правил, то по прямому смыслу комм. нормы УПК они должны были бы признаваться допустимыми доказательствами, ибо требования УПК РФ формально нарушены не были. Однако это противоречит ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и Кон-

ституции РФ, поэтому собранные таким способом доказательства на самом деле недопустимы. Иное может привести к подмене процессуальных действий оперативно-розыскными в целях незаконного добывания будущих доказательств, когда процессуальная форма используется в качестве «ширмы» для нарушения конституционных прав личности.

2. В части 2 комм. статьи дается открытый перечень случаев, когда доказательство должно быть признано недопустимым. Так, к недопустимым доказательствам отнесены показания подозреваемого или обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденные им в суде (п. 1 ч. 2 ст. 75). Это положение служит важной гарантией против самооговора и признания вины обвиняемым и подозреваемым под воздействием физического или психического насилия, применение которого благодаря данной норме практически теряет всякий смысл. Обращает на себя внимание то, что условие отсутствия защитника включает в себя и отказ от защитника самим обвиняемым или подозреваемым. Таким образом ставится преграда попыткам недобросовестных следователей и работников органов дознания склонить обвиняемого и подозреваемого к формально добровольному отказу от защитника, за которым обычно стоит вынужденный отказ от защитника либо незаконная попытка «обменять» признательные показания на облегчение положения обвиняемого, подозреваемого (обещание не применять в качестве меры пресечения заключение под стражу, содействовать прекращению уголовного преследования и т.п.).

При этом запрещено воспроизводить показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденные им в суде, путем допроса в качестве свидетеля, дознавателя или следователя, производившего дознание или предварительное следствие[1].

3. В пункте 2 ч. 2 комм. статьи подтвержден и ранее имевший аналог в УПК РСФСР (ст. 74) запрет на показания «по слуху», т.е. показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности. Основаниями данной нормы является, во-первых, то соображение, что доказательством могут служить лишь сведения о конкретных *обстоятельствах* дела, но не предположения и догадки, и, во-вторых, то, что сведения, основанные на слухах или полученные из неизвестных источников, весьма ненадежны, а их проверка часто бывает крайне затруднительна. В то же время, в отличие от показаний свидетеля, законодатель не счел необходимым объявить недопустимыми показания *потерпевшего*, если тот не может указать источник своей осведомленности. Очевидно, предполагается, что потерпевший, как правило, сам является первоисточником данных о совершенном преступлении и редко может давать показания по слуху.

4. Недопустимыми согласно п. 3 ч. 2 комм. статьи являются и все иные доказательства, полученные с нарушением требований УПК. Часто полагают, что любое процессуальное нарушение, т.е. отступление буквально от всякого предписания, содержащегося в нормах закона, касающихся собирания и проверки доказательств, ведет к утрате полученных таким путем сведений качества допустимости. Следует, однако, учесть, что в комм. статье речь идет о нарушении требований УПК *в целом*, а не

[1] См. Определение КС РФ от 06.02.2004 г. № 44-О // РГ. 07.04.2004.

отдельных его предписаний. Если закон предусматривает средства и способы, с помощью которых можно нейтрализовать последствия нарушения отдельных его предписаний, доказав, что они не повлияли на соблюдение принципов уголовного судопроизводства, то при успешном применении таких средств и способов уже нельзя сказать, что такое доказательство использовано для доказывания в нарушение закона. Так, например, непредупреждение свидетеля о его праве не давать показания против себя и своих близких несомненно является весьма серьезным процессуальным нарушением. Однако если будет доказано (в т.ч. и объяснениями самого свидетеля), что это никак не повлияло на добровольность данных им показаний, а значит, и на сохранение равенства сторон, суд, как нам представляется, вправе признать полученные показания допустимыми. Нельзя утверждать, что такое доказательство использовано судом в нарушение закона, т.к. именно с помощью средств и способов, предусмотренных законом, процессуальное нарушение было нейтрализовано. Нарушения, поддающиеся опровержению, следует, на наш взгляд, считать *устранимыми,* или *опровержимыми*. Напротив, если установлено, что искажение процедуры привело к реальному ущербу для принципов состязательного судопроизводства, ее результаты в любом случае должны считаться юридически ничтожными, а допущенные нарушения неустранимыми. Нельзя устранить, например, такое нарушение, как получение от обвиняемого признательных показаний путем применения к нему пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения. В результате такого нарушения процесс перестал отвечать требованиям справедливой судебной процедуры, где стороны должны находиться в равном положении. Возместить правосудию столь жестокий урон невозможно.

Вместе с тем не все процессуальные нарушения (даже неустранимые), допущенные в ходе производства по делу, являются *существенными* для получения доказательств. Так, присутствие в зале, где происходит судебное следствие, лиц, в возрасте до 16 лет, является процессуальным нарушением (ч. 6 ст. 241), но несущественным для получения доказательств, а потому не может уничтожить их допустимости.

5. Представляется, что существенными и неустранимыми процессуальными нарушениями при собирании доказательств, влекущими признание полученных доказательств недопустимыми, являются следующие:

— применение одной из сторон (обычно уголовным преследователем) к другой (как правило, к обвиняемому или подозреваемому) физического или психологического принуждения без законных на то оснований, а также применение таких методов расследования, которые могут нарушить ее способность к правильным суждениям и принятию адекватных решений;

— прямое введение в заблуждение одной из сторон (обычно обвиняемого или подозреваемого) относительно ее прав (например, права не давать показания против себя, своего супруга и других близких родственников), а также умолчание о них там, где без разъяснения прав невозможно обеспечить реальное равенство сторон;

— ограничение при доказывании обстоятельств дела исследованием производных источников доказательств, если имеется фактическая возможность представления (достижимость) первоисточников. Равенство стороны, против которой направлены доказательства, в таком случае страдает, т.к. возможность проверки достоверности информации по производным источникам, как правило, затруднена. Так, оглашение в судебном заседании протокола допроса неявившегося свидетеля взамен его непо-

средственного допроса лишает другую сторону возможности задать свидетелю необходимые вопросы; представление копии документа вместо достижимого подлинника может ограничить возможности его экспертного исследования и т.д.;

— наличие оснований для отвода судьи, прокурора, дознавателя, следователя, прокурора, участвовавших в собирании доказательств;

— незаконное изменение субъектного состава процессуальных правоотношений, способное изменить установленный законом баланс сил в пользу одной из сторон (нарушение правил подследственности, незаконное участие в проведении предварительного следствия ненадлежащих следователей, органов дознания и их сотрудников и т.д.). Произвольное нарушение правил подследственности порождает неустранимое сомнение в независимости государственного органа, но пристрастность публичного обвинителя несовместима в состязательном процессе с принципом равенства сторон;

— суд допускает в процесс представленные стороной доказательства, полученные с процессуальными нарушениями, которые объективно оставляют неустранимые сомнения в достоверности полученных данных. Суд, допуская подобные доказательства, как бы принимает их на веру и, тем самым, попадает в зависимость от добросовестности или недобросовестности представившей их стороны. Например, при проверке в суде протокола обыска выяснилось, что понятые, принимавшие участие в этом следственном действии, являются штатными сотрудниками органа дознания и, следовательно, зависимы по службе от его руководства. Сам факт нарушения точного и ясного требования закона о том, что понятыми могут быть лишь не заинтересованные в деле лица (ч. 1 ст. 60), порождает сомнения в объективности проведения обыска и достоверности полученных результатов. Закрыв глаза на этот дефект, суд принимает на веру сомнительное доказательство и теряет часть своей независимости (в данном случае от стороны обвинения). Точно так же вызывают неустранимые сомнения результаты предъявления для опознания, если опознающий прежде не был подробно допрошен о приметах и признаках, по которым он собирается произвести опознание объекта, и т.д.

6. В отличие от УПК РСФСР, в УПК РФ предусмотрены гарантии своевременного выявления и блокирования недопустимых доказательств. Согласно ч. 3, 4 ст. 88 при наличии на то оснований прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт. Суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном ст. 234 и 235, 271 (см. комм. к ним).

7. Согласно ч. 1 ст. 125 «постановления дознавателя, следователя, прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные их действия (бездействие) и решения, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в суд по месту проведения предварительного расследования». В соответствии с ч. 2 ст. 50 гл. 2 («Права и свободы человека и гражданина») Конституции конституционным правом является, в частности, *исключение из процесса доказательств, полученных с нарушением закона.* Следовательно, незаконные действия или бездействие органов расследования

и прокурора, а также их решения при получении доказательств, принятые с нарушением закона (о приобщении к делу, о принудительном освидетельствовании, осмотре против воли лиц и т.д.), могут быть обжалованы в суд с *требованием об исключении* соответствующих незаконно полученных доказательств. Представляется, что отказ в удовлетворении ходатайств о собирании относящихся к делу доказательств также можно обжаловать в суд, поскольку это нарушает, во-первых, конституционное право (ч. 4 ст. 29 Конституции) *свободно* искать информацию, а во-вторых, международные нормы и стандарты (например, право иметь достаточные возможности для подготовки своей защиты; право на очную ставку (подп. (b) и (d) п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

8. Согласно ч. 3 ст. 14, все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном УПК, толкуются в пользу обвиняемого. На наш взгляд, это правило распространяется и на толкование сомнений в отношении допустимости доказательств. Так, если следователь, прокурор, дознаватель, суд получили оправдывающее обвиняемого доказательство с нарушением законного порядка, оно по ходатайству стороны защиты должно быть признано допустимым, ибо в любом случае порождает определенные сомнения в виновности обвиняемого (т.н. *асимметрия* при оценке доказательств). Бремя доказывания при ошибках обвинения не может быть возложено на обвиняемого. Иначе должен решаться вопрос, когда сторона защиты представила доказательства, полученные ей самой с нарушением закона. В этих случаях доказательства могут быть признаны недопустимыми, при условии если факт нарушения закона стороной защиты вне всякого сомнения доказан обвинителем. Основанием для этого вывода может служить не только ч. 1 ст. 75 УПК, но и конституционная норма, устанавливающая, что каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию только *законным способом* (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ). Однако принятие судом подобных доказательств не исключает оценки с точки зрения достоверности, в т.ч. с учетом нарушений, допущенных при их собирании.

СТАТЬЯ 76
ПОКАЗАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

Показания подозреваемого — сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства в соответствии с требованиями статей 187—190 настоящего Кодекса.

1. Согласно комм. статье показания подозреваемого проводятся по правилам допроса, которые действуют также в отношении свидетеля и потерпевшего (ст. 187—190), однако предмет и процессуальный режим допроса подозреваемого все же отличается от предмета и режима допроса указанных лиц. Дача показаний — средство защиты от подозрения, а потому — это право, а не обязанность подозреваемого. Как и обвиняемый, он не несет ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний и не предупреждается о такой ответственности.

Допрос подозреваемого производится не позднее 24 часов с момента фактического задержания (ч. 2 ст. 46) с соблюдением требований п. 3 ч. 4 ст. 46 и ч. 3 ст. 50, относящихся к участию защитника. Бремя доказывания оснований для признания лица

подозреваемым, а также бремя опровержения доводов, которые подозреваемый выдвигает в свою защиту, несет сторона обвинения.

Допрос подозреваемого проводится:

а) по обстоятельствам, дающим основание подозревать его в совершении преступления, а равно обстоятельствам, опровергающим возникшее подозрение либо исключающим преступность и наказуемость деяния;

б) по обстоятельствам, составляющим основание задержания (ст. 91) или применения меры пресечения — заключение под стражу (ст. 97, 108 и др.);

в) при подтверждении подозрения — по обстоятельствам, входящим в объем обвинения, которое в дальнейшем может быть предъявлено данному лицу в качестве обвиняемого;

г) по иным обстоятельствам, имеющим значение для дела (обстоятельства, характеризующие личность; характер и размер вреда, причиненного преступлением; обстоятельства, смягчающие или отягчающие ответственность обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности или наказания, и др.).

Таким образом, предмет показаний подозреваемого в значительной части совпадает с предметом показаний обвиняемого (см. комм. к ст. 77). Поэтому показания подозреваемого сохраняют свое доказательственное значение и после того, как в последующем это лицо дало показания в качестве обвиняемого, особенно если обвиняемый меняет ранее данные показания. Сравнение показаний обвиняемого с показаниями того же лица, допрошенного в качестве подозреваемого, нередко помогает установлению истины по делу.

2. Если имеются основания, указанные в ч. 1 ст. 46, которые достаточны для приобретения лицом процессуального статуса подозреваемого, оно не может допрашиваться в качестве свидетеля, с предупреждением об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний, но должно быть допрошено в качестве подозреваемого. Практика искусственной отсрочки с выполнением действий, с которыми закон связывает признание лица подозреваемым (исключение из постановления о возбуждении уголовного дела указания на лицо, в отношении которого это дело *фактически* возбуждено; затягивание с оформлением задержания в порядке ст. 92 и т.п.), с целью обеспечить его допрос в качестве свидетеля незаконна и влечет признание добытых таким путем показаний недопустимыми доказательствами[1].

СТАТЬЯ 77
ПОКАЗАНИЯ ОБВИНЯЕМОГО

1. Показания обвиняемого — сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями статей 173, 174, 187—190 и 275 настоящего Кодекса.

2. Признание обвиняемым своей вины в совершении преступления может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении его виновности совокупностью имеющихся по уголовному делу доказательств.

---

[1] См. также: Сборник постановлений Пленума и определений коллегии ВС СССР по уголовным делам. 1959—1971 гг. М., 1973. С. 359—360; БВС СССР. 1974. № 4. С. 25.

1. Показания обвиняемого — это сведения об обстоятельствах, входящих в объем предъявленного обвинения, а также иных обстоятельствах, доказательствах и источниках доказательств, сообщаемые в ходе допроса лицом, привлеченным к уголовной ответственности.

Показания обвиняемого — не только средство доказывания обстоятельств уголовного дела, но и средство защиты обвиняемого от предъявленного обвинения. Поэтому наряду с показаниями (сведениями о конкретных обстоятельствах) обвиняемый вправе также давать объяснения, которые могут содержать оценочные суждения относительно обстоятельств, версии и предположения, выдвигаемые им в свою защиту. Эти объяснения непосредственно не являются доказательствами, ибо касаются не обстоятельств, а суждений, однако, в отличие от объяснений свидетелей и потерпевших, объяснения обвиняемого имеют доказательственное значение, т.к. порождают юридическую обязанность следователя, дознавателя, прокурора, суда проверить все выдвинутые обвиняемым версии, предположения и суждения, могущие иметь хоть сколько-нибудь разумное основание. Во всяком случае объяснения обвиняемого должны быть опровергнуты или подтверждены доказательствами, собранными по уголовному делу.

Показания и объяснения обвиняемого тесно связаны, поскольку могут быть даны в ходе одного и того же его допроса. Объяснения следует отличать от оценочных сведений, которые внешне могут иметь форму предположений, но фактически являются показаниями об обстоятельствах дела, например, суждение о приблизительной скорости движения транспортного средства, возрасте соучастника преступления, потерпевшего и т.д.

2. Показания обвиняемого необходимо отличать от сведений, сообщенных этим лицом не в ходе допроса, а в рамках иных процессуальных форм: в заявлении о явке с повинной; в признании (или непризнании) в своей виновности при ответе на вопрос следователя, предваряющий первый допрос после предъявления обвинения (ч. 2 ст. 173), или на вопрос председательствующего после изложения в суде предъявленного подсудимому обвинения (ч. 2 ст. 273); в ходатайствах, жалобах; в выступлении в прениях сторон (при отсутствии защитника) или в последнем слове подсудимого. Данные сообщения не могут заменить показаний, поэтому об обстоятельствах, сообщенных обвиняемым в указанных формах, он должен быть допрошен.

3. Дача показаний — право, а не обязанность обвиняемого, в связи с чем законом не предусмотрена его ответственность за отказ от дачи показаний, причем, в отличие от свидетеля, обвиняемый вправе отказаться от дачи показаний по любым вопросам, а не только против самого себя, своего супруга или близких родственников. Более того, отказ от дачи показаний является правом обвиняемого (п. 3 ч. 4 ст. 47). По российскому законодательству обвиняемый не несет ответственности и за дачу заведомо ложных показаний. Это объясняется тем, что угроза такой ответственности может в критических ситуациях толкнуть невиновного на самооговор: например, при наличии внешне убедительных, хотя и не соответствующих действительности доказательств виновности в инкриминируемом преступлении, которые заставляют обвиняемого опасаться своего осуждения не только за это преступление, но и за дачу заведомо ложных показаний.

Уголовный кодекс 1996 г., в отличие от ранее действовавшего уголовного законодательства, не предусматривает такого отягчающего ответственность обвиняемого обстоятельства, как оговор заведомо невиновного лица. Поэтому обвиняемый не не-

сет ответственности за дачу показаний, содержащих заведомо ложное сообщение о совершении преступления другим конкретным лицом. *УК* устанавливает уголовную ответственность за заведомо ложный донос (ст. 306) и клевету, сопряженную, в частности, с обвинением другого лица в совершении тяжкого преступления (ч. 3 ст. 129). Если такой донос или клевета содержатся *в показаниях* обвиняемого, то он, на наш взгляд, не может быть привлечен к уголовной ответственности за эти деяния, поскольку не несет ответственности за дачу заведомо ложных показаний. Иначе должен решаться вопрос, когда заведомо ложный донос или клевета исходят от обвиняемого в других формах (заявление о возбуждении уголовного дела, направление писем, устное сообщение вне рамок допроса и т.д.).

4. Показания обвиняемого могут быть *признательными* или *оправдательными*. Различают полное признание, т.е. подтверждение обвиняемым всего объема предъявленного обвинения, и признание частичное. При частичном признании обвиняемый может, например, отрицать свое участие в отдельных эпизодах преступной деятельности, свою особо активную роль в совершении преступления, его умышленный характер, возражать против правильности квалификации его действий, данной в предъявленном обвинении, и т.д. Если же обвиняемый признает объективную сторону своих действий, но отрицает их виновный (умышленный или неосторожный) характер, либо по иным основаниям не соглашается с оценкой этих действий как противоправных, его показания не могут рассматриваться как признательные.

5. Уголовно-процессуальный закон относится к признательным показаниям обвиняемого как к любому другому доказательству, требуя подтверждения его совокупностью иных доказательств, собранных по данному уголовному делу (ч. 2 комм. статьи). Основанием данного требования является принцип свободы оценки доказательств, согласно которому никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17). При этом достаточной может являться лишь совокупность таких доказательств, которые своим первоисточником имеют не только признание обвиняемого, но и другие, независимые от показаний обвиняемого, источники доказательственной информации.

СТАТЬЯ 78
ПОКАЗАНИЯ ПОТЕРПЕВШЕГО

1. Показания потерпевшего — сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями статей 187—191 и 277 настоящего Кодекса.

2. Потерпевший может быть допрошен о любых обстоятельствах, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, в том числе о своих взаимоотношениях с подозреваемым, обвиняемым.

1. Предмет показаний потерпевшего во многом сходен с предметом показаний свидетеля, в связи с чем процедура его допроса почти совпадает с процедурой допроса свидетеля (ст. 187—191, 277). Вместе с тем показания потерпевшего являются не только средством установления истины по делу, но и средством отстаивания потерпевшим своих интересов в уголовном деле. Поэтому, в отличие от свидетеля, дача показаний — не только обязанность, но и право потерпевшего.

Кроме того, особое значение в показаниях потерпевшего могут иметь сведения о *субъективном восприятии* им некоторых обстоятельств события преступления, например, реальности угрозы со стороны лица, совершавшего преступления; о характере и размере вреда, причиненного преступлением (особенно при определении значительного размера вреда, причиненного преступлением). Следует иметь в виду, что потерпевший может заявить гражданский иск в уголовном судопроизводстве для возмещения ему не только имущественного, но и морального вреда (ч. 1 ст. 44), поэтому показания потерпевшего о нравственных и физических страданиях и переживаниях, перенесенных им в результате совершения в отношении него преступления, также имеют особую ценность.

2. В УПК РФ потерпевший отнесен к участникам уголовного судопроизводства со *стороны обвинения* (гл. 6). Таким образом, в отличие от его положения по УПК РСФСР, он является обвинителем, что определяет значение даваемых им показаний и особенности их оценки, а именно:

— показания потерпевшего есть в первую очередь средство поддержания им обвинения и защиты своих интересов как пострадавшего от преступления;

— поскольку бремя доказывания обвинения лежит на *стороне обвинения* (ч. 2 ст. 14), а значит, и на потерпевшем, выдвигаемое им обвинение (в форме обвинительных показаний) должно быть подтверждено совокупностью других доказательств, полученных из иных источников. Таким образом, одних только показаний потерпевших недостаточно для признания лица виновным в совершении преступления.

СТАТЬЯ 79
ПОКАЗАНИЯ СВИДЕТЕЛЯ

1. Показания свидетеля — сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями статей 187—191 и 278 настоящего Кодекса.

2. Свидетель может быть допрошен о любых относящихся к уголовному делу обстоятельствах, в том числе о личности обвиняемого, потерпевшего и своих взаимоотношениях с ними и другими свидетелями.

1. О понятии и процессуальном статусе свидетеля см. комм. к ст. 56.

2. О порядке вызова и допроса свидетелей см. комм. к ст. 187—191.

3. Согласно ч. 2 комм. статьи свидетель может быть допрошен *о любых* относящихся к уголовному делу обстоятельствах. Однако закон устанавливает или предполагает ряд ограничений на использование или получение показаний свидетеля, касающихся определенных вопросов:

— недопустимы показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75). Запрет на показания по слуху относится только к тем сведениям, источник которых не может быть определенно указан свидетелем. Если же свидетель ссылается на конкретное лицо, от которого он услышал относящиеся к делу сведения, его показания допустимы. Данная норма, на наш взгляд, исключает догадки, предположения и слухи лишь из предмета показаний свидетеля как доказательства, но не из предмета его допроса. Сообщаемые свидетелем

предположения и слухи, не будучи доказательством, тем не менее, могут играть роль ценной ориентирующей информации, позволяющей определить направление расследования или судебного следствия;

— предметом показаний свидетеля не могут быть его выводы и разъяснения, основанные на использовании специальных познаний, поскольку они относятся к предмету экспертизы и показаний эксперта или заключения и показаний специалиста (ст. 58, 80, ч. 4 ст. 271). При необходимости получения таких выводов и разъяснений лицо должно быть привлечено в качестве эксперта или специалиста. Вместе с тем это не исключает получения показаний от т.н. сведущих свидетелей, т.е. свидетелей, обладающих специальными знаниями, которые благодаря этим знаниям имели возможность при наблюдении за происходящим событием правильнее его понять и обратить внимание на существенные обстоятельства, могущие ускользнуть от непосвященных. Отличие сведущих свидетелей от экспертов и специалистов состоит, во-первых, в том, что они дают показания об искомых по делу обстоятельствах, которые ими наблюдались или воспринимались случайно либо по их собственной инициативе вне уголовно-процессуальной деятельности, а не по поручению сторон или суда. Во-вторых, сведущие свидетели не должны производить каких-либо специальных исследований; они не могут также давать разъяснений, которые выходят за пределы воспринимавшихся ими вне уголовного процесса обстоятельств;

— в предмет свидетельских показаний не могут входить обстоятельства, составляющие судейскую, адвокатскую тайну, тайну исповеди, обстоятельства обвинительного характера, ставшие известными защитнику в связи с его участием в производстве по уголовному делу (п. 1—4 ч. 3 ст. 56). Только с согласия членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, а также лиц, обладающих полномочиями разрешать изъятия из дипломатического, консульского или иного международного свидетельского иммунитета, могут быть предметом свидетельских показаний сведения, защищаемые соответствующим служебным иммунитетом (см. комм. к ст. 3). Таким же образом решается вопрос о включении в предмет свидетельских показаний сведений, защищаемых правом лица не свидетельствовать против самого себя, своего супруга или близких родственников (п. 1 ч. 4 ст. 56).

4. Использование в судебном разбирательстве протоколов показаний свидетелей и потерпевших, данных ими ранее, ограничено правом каждого *допрашивать* показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, а также правом на *вызов и допрос* свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него. Указанные права для лиц, обвиняемых в совершении уголовного преступления, предусмотрены подп. «d» п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.011.50 г.

Согласно же ч. 1 ст. 281 УПК оглашение показаний не явившегося в судебное заседание потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, а также демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допросов, воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки допросов допускаются, как правило, лишь *с согласия сторон* (см. комм. к ст. 281).

СТАТЬЯ 80
ЗАКЛЮЧЕНИЕ И ПОКАЗАНИЯ ЭКСПЕРТА И СПЕЦИАЛИСТА

1. Заключение эксперта — представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу, или сторонами.

2. Показания эксперта — сведения, сообщенные им на допросе, проведенном после получения его заключения, в целях разъяснения или уточнения данного заключения в соответствии с требованиями статей 205 и 282 настоящего Кодекса.

3. Заключение специалиста — представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами.

4. Показания специалиста — сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения в соответствии с требованиями статей 53, 168 и 271 настоящего Кодекса.

1. Заключения эксперта как доказательство обладает следующими признаками:

а) назначается по поручению следователя, дознавателя, прокурора или суда и проводится с соблюдением особого процессуального порядка,

б) исходит от лиц, обладающих специальными познаниями в интересующей производство по данному делу области;

в) является результатом проведения этими лицами самостоятельного исследования собранных по делу доказательств и иных материалов;

г) имеет форму отдельного вида доказательств — заключения эксперта.

Эксперт дает заключение либо только на основе непосредственного исследования материальных объектов экспертизы, либо на основе такого исследования с привлечением сведений, известных из материалов дела, либо только на основе материалов дела.

Экспертные исследования имеют *самостоятельный характер.* Это означает следующее: а) следователь может лишь присутствовать при проведении экспертных исследований (ст. 197), но не руководить при этом действиями эксперта; б) лицо или орган, назначивший экспертизу, другие участники процесса не вправе навязывать эксперту ту или иную методику проведения исследований либо вытекающие из них выводы, которые определяются экспертом самостоятельно. По этому, в частности, признаку экспертиза отличается от помощи специалиста, в случае привлечения его к участию в процессуальных действиях для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела (ч. 1 ст. 58), поскольку такой специалист действует под руководством следователя; в) исследования эксперта выполняются не в процессе осуществления других процессуальных действий (например, допроса), а проводятся отдельно, для чего эксперту предоставляется определенное время и место.

2. О понятии и процессуальном статусе эксперта см. комм. к ст. 57.

3. Основная задача эксперта — дать ответы на вопросы, поставленные ему в постановлении (определении) о назначении экспертизы. Однако если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, но по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении (п. 4 ч. 3 ст. 57, ч. 2 ст. 204).

4. Эксперт дает заключение на основе непосредственного исследования представленных ему следователем, дознавателем, прокурором или судом для проведения экспертизы материальных объектов и (или) на основе исследования сведений, известных по результатам иных следственных действий (допросов, осмотров и т.д.). Эксперт не вправе самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования. в т.ч. без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с проведением экспертизы (п. 1, 2 ч. 4 ст. 57). Оценка достоверности материалов, представляемых на экспертизу, является прерогативой лица, ведущего процесс. Вместе с тем если получение образцов для сравнительного исследования является частью судебной экспертизы, то оно производится экспертом. В этом случае сведения о производстве указанного действия эксперт отражает в своем заключении (ч. 4 ст. 202).

5. О порядке назначения и производства экспертизы см. комм. к ст. 195—207.

6. Заключение эксперта может быть:

1) *категорическим* — положительным или отрицательным (например, след протектора оставлен на асфальте шинами только данного либо какого-либо другого автомобиля);

2*) вероятным, или некатегорическим*;

3) о невозможности решить поставленный вопрос (например, установить, кем оставлены отпечатки пальцев на орудии преступления, не представилось возможным).

В постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16.03.71 г. «О судебной экспертизе по уголовным делам» разъяснялось, что вероятное заключение эксперта не может быть положено в основу приговора. В соответствии с этим разъяснением приобрела широкое распространение точка зрения о том, что вероятностный (некатегорический) вывод эксперта не может быть доказательством по уголовному делу. Некоторые авторы, однако, считают, что «если эксперт установил ряд совпадений или различий в сравниваемых объектах, комплекс которых, однако, не позволяет прийти к категорическому заключению о тождестве или о его отсутствии, доказательственное значение имеет не вероятный вывод эксперта о тождестве или различии, а совпадение частных признаков, определенно указанных экспертом… Заключение эксперта, содержащее косвенные данные о тождестве, направляет работу следователя на установление тождества с помощью других способов доказывания. После того как другие доказательства данного обстоятельства найдены (например, получены показания о том, что след оставлен данным лицом), их оценка производится с учетом тех фактических обстоятельств (например, совпадений или различий), которые обнаружил эксперт в процессе исследования. Совокупность показаний свидетелей и обвиняемых о том, что определенный след оставлен данным лицом или предметом, заключение эксперта, которым установлены совпадения некоторых признаков, может оказаться достаточной для достоверного вывода следователя (суда) об искомом обстоятельстве — в данном случае о тождестве»[1].

Следует отметить, что ни УПК РСФСР, ни УПК РФ не известен запрет на использование вероятностных выводов эксперта в качестве доказательств по уголовному делу. Аргумент о том, что признание вероятного заключения эксперта доказательством противоречит указанию закона: «Обвинительный приговор не может быть основан на пред-

[1] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 714—715.

положениях...» (ч. 4 ст. 302 УПК РФ), неубедителен, ибо приговор должен быть основан не на одном только экспертном заключении, а на совокупности доказательств — к ней и обращено требование закона о недопустимости предположений. Оценка доказательств в совокупности обеспечивает их взаимную проверку, в т.ч. проверку вероятных выводов эксперта, и общий вывод в результате итоговой оценки доказательств может быть достоверным, несмотря на то, что отдельные доказательства в собранной совокупности содержат лишь вероятные данные. Более того, УПК РФ недвусмысленно устанавливает принцип *свободы оценки доказательств*, прямо запрещая придавать тем или иным видам доказательств (в т.ч., очевидно, и категорическим или некатегорическим заключениям экспертов) заранее установленную силу (ч. 2 ст. 17).

7. В соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 57 УПК эксперт не вправе выходить за пределы своей специальной компетенции, т.е. делать выводы по вопросам, которые не могут быть разрешены на основе его специальных знаний. Уголовно-правовая оценка фактических обстоятельств дела является исключительным правом следователя, дознавателя, прокурора и суда. Так, например, судебно-медицинский эксперт не вправе определять характер насильственной смерти — убийство, самоубийство или несчастный случай, он может давать лишь медицинскую характеристику причин смерти. Он вправе установить лишь факт повреждений, которые потерпевший физически *не смог бы* причинить себе своей собственной рукой, однако не может сделать противоположный вывод о том, что ранения являются результатом действий самого пострадавшего, т.к. всякое ранение, которое тот в состоянии причинить себе сам, может быть с равным успехом причинено ему и другим лицом. Так же не входят в предмет судебно-медицинской экспертизы вопросы о наличии «особой жестокости» убийства, «обезображения» лица потерпевшего, поскольку эти понятия являются не медицинскими, а правовыми. Эксперт может определить лишь характер и тяжесть повреждений, в т.ч. и решить вопрос о невозможности изгладить обезображение лица. Вместе с тем могут относиться к предмету экспертизы правовые нормы, в которых содержатся относящиеся к предметной компетенции эксперта технические и профессиональные правила (нормы, устанавливающие правила дорожного движения, медицинские критерии оценки тяжести вреда здоровью, содержащиеся в Правилах судебно-медицинской экспертизы тяжести вреда здоровью, и т.д.).

8. Показания эксперта, о которых говорится в ч. 2 комм. статьи, даются им только после получения его заключения и в связи с ним в целях разъяснения или уточнения данного заключения. Если требуется *дополнить* заключение эксперта, т.е. провести дополнительные специальные исследования для более полного или глубокого ответа на поставленные ему вопросы, должна быть назначена дополнительная экспертиза. Разъяснения и уточнения заключения даются экспертом в форме показаний только тогда, когда это возможно без проведения самостоятельных исследований.

9. Заключение специалиста — это представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом (ч. 3 ст. 80). Заключение специалиста представляет собой письменные ответы на поставленные перед ним вопросы. Специалист привлекается сторонами или судом к участию в деле: для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов в ходе любых следственных действий; применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела; постановки вопросов эксперту; для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58). Соответственно в своем заключении он

может высказать суждения: а) относительно ранее выполненных им действий в процессе обнаружения, закрепления и изъятия предметов и документов; б) о вопросах, которые с его точки зрения следует поставить перед экспертом; в) по другим специальным вопросам, разъяснения которых требуют стороны. Однако специалист, в отличие от эксперта, не вправе проводить каких-либо *самостоятельных* специальных исследований, и его заключение может содержать ответы только на такие вопросы, которые не требуют проведения подобных исследований. Другими словами, эти ответы должны иметь характер *разъяснений* специалиста, например: о свойствах веществ, предметов или явлений, о характере протекания природных, социальных и других процессов, о необходимости обратить внимание на те или иные обстоятельства и т.д. Заключение специалиста не может заменить собой заключения эксперта.

10. Показания специалиста — сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснения своего мнения (ч. 4 ст. 80). Сказанное относительно заключения специалиста относится и к его показаниям. Их отличие от заключения состоит в том, что если заключение может быть истребовано или представлено сторонами для приобщения к делу в «готовом» письменном виде, то показания даются специалистом устно в ходе его допроса.

11. По буквальному смыслу ч. 3 ст. 80 письменное заключение специалиста предоставляется только по инициативе сторон («заключение специалиста — представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом *сторонами*».), но не суда. Таким образом, суд не может истребовать по собственной инициативе письменное заключение специалиста, а в соответствии с принципом непосредственности исследования доказательств и устности судебного разбирательства должен получить его разъяснения в форме дачи показаний специалиста в судебном заседании.

СТАТЬЯ 81
ВЕЩЕСТВЕННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

1. Вещественными доказательствами признаются любые предметы:

1) которые служили орудиями преступления или сохранили на себе следы преступления;

2) на которые были направлены преступные действия;

2.1) деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления *(п. 2.1 в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***;**

3) иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела.

2. Предметы, указанные в части первой настоящей статьи, осматриваются, признаются вещественными доказательствами и приобщаются к уголовному делу, о чем выносится соответствующее постановление. Порядок хранения вещественных доказательств устанавливается настоящей статьей и статьей 82 настоящего Кодекса.

3. При вынесении приговора, а также определения или постановления о прекращении уголовного дела должен быть решен вопрос о вещественных доказательствах. При этом:

1) орудия преступления, принадлежащие обвиняемому, подлежат конфискации, или передаются в соответствующие учреждения, или уничтожаются;

2) предметы, запрещенные к обращению, подлежат передаче в соответствующие учреждения или уничтожаются;

3) предметы, не представляющие ценности и не истребованные стороной, подлежат уничтожению, а в случае ходатайства заинтересованных лиц или учреждений могут быть переданы им;

4) деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества подлежат возвращению законному владельцу *(п. 4 в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***;**

4.1) деньги, ценности и иное имущество, указанные в пунктах «а»—«в» части первой статьи 104[1] Уголовного кодекса Российской Федерации, подлежат конфискации в порядке, установленном Правительством Российской Федерации, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 4 настоящей части *(п. 4.1 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***;**

5) документы, являющиеся вещественными доказательствами, остаются при уголовном деле в течение всего срока хранения последнего либо передаются заинтересованным лицам по их ходатайству;

6) остальные предметы передаются законным владельцам, а при неустановлении последних переходят в собственность государства. Споры о принадлежности вещественных доказательств разрешаются в порядке гражданского судопроизводства.

4. Предметы, изъятые в ходе досудебного производства, но не признанные вещественными доказательствами, подлежат возврату лицам, у которых они были изъяты.

1. Понятие вещественных доказательств, сформулированное в комм. статье, принципиально не отличается от того, которое содержалось в ст. 83 УПК РСФСР. Определение вещественных доказательств по-прежнему имеет казуистический характер, т.е. представляет собой открытый перечень возможных их разновидностей, что затрудняет выяснение сущности данного вида доказательств и в ряде случаев не позволяет достаточно четко отграничить их от некоторых других видов доказательств, прежде всего иных документов и образцов для сравнительного исследования. Упоминание в п. 3 ч. 1 *иных предметов и документов* сохраняет слишком широкий критерий для определения вещественных доказательств, пользуясь которым можно объявить таковыми практически любое доказательство, поскольку все доказательства могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела.

2. В общем виде вещественные доказательства можно определить как предметы, которые *объективно*, в силу своих собственных качеств, а также связей с иными обстоятельствами могут служить средством к установлению искомых по делу обстоятельств.

Признак объективности — ключевой для понимания природы вещественных доказательств. Он подразумевает, что содержащаяся в них информация, имеющая значение для дела, формируется отнюдь не для доведения ее до сведения органов расследования и суда, а с какими-либо иными (иногда прямо противоположными) целями либо вообще независимо от воли и желания людей. Так, например, записка, в которой подозреваемый обращается к другим лицам с просьбой укрыть похищенное, повли-

ять на свидетелей и т.п., является вещественным доказательством в силу своего объективного по отношению к уголовно-процессуальной деятельности характеру, ибо подозреваемый не желал, чтобы данная информация попала к следователю или в орган дознания, а намеревался достичь противоположного результата. Орудие преступления сохраняет на себе его следы не потому, что этого хотел правонарушитель, а потому, что таково объективное положение вещей. Деньги, ценности и иное имущество, полученные преступным путем, могут рассматриваться как вещественные доказательства лишь постольку, поскольку выявлена их объективная связь с преступными источниками обогащения обвиняемого или подозреваемого.

Другими словами, обстоятельства возникновения и появления в деле вещественных доказательств есть не что иное, как *доказательственные факты,* неразрывно с ними связанные и, в определенном смысле, являющиеся их частью. Например, факт обнаружения при обыске в жилище подозреваемого денег, хранившихся в тайнике, придает этим деньгам смысл вещественных доказательств; факт написания лицом предсмертной записки перед совершением самоубийства делает эту записку, оставленную на месте происшествия, не просто документом, а документом — вещественным доказательством и т.п.

При этом сами предметы — вещественные доказательства иногда могут непосредственно и не содержать в себе информации, имеющей значение для дела — основное значение имеет их связь с сопутствующими доказательственными фактами. Отсутствие информации о доказательственных фактах, связанных с предшествующими обстоятельствами возникновения, местонахождения, положения и функций относительно других предметов либо использования предмета, лишает его качества вещественного доказательства. Поэтому предмет, происхождение которого не известно (например, нож с отпечатками пальцев подозреваемого, подброшенный следователю неизвестными лицами), не может быть признан вещественным доказательством, если не будет выяснена его предшествующая история. На наш взгляд, неприемлемо также использование в качестве утраченных или необнаруженных вещественных доказательств т.н. *предметов-аналогов* (например, направление на экспертизу вместо необнаруженного ножа, являвшегося орудием убийства, другого ножа подобного типа). Хотя происхождение предмета-аналога известно, оно непосредственно не связано с тем событием, которое является предметом расследования, и значит, доказательственный факт отсутствует.

Из неразрывной связи вещественных доказательств с обстоятельствами прошлого вытекает практический критерий их отграничения от иных, смежных, доказательств. Этот критерий — *незаменимость* вещественных доказательств. Утрата или необратимое повреждение, включая нарушение необходимой процессуальной формы, означает невозможность воспроизведения вещественного доказательства, ибо для этого пришлось бы вернуться в прошлое, когда формировался сопутствующий доказательственный факт. Копирование же вещественного доказательства в той или иной форме (фотографирование, изготовление слепков, макетов) не может восполнить этой утраты, т.к. ведет к возникновению другого доказательства, обладающего иной доказательственной силой. Напротив, утрата, например, иного документа (ст. 84) может быть восполнена получением из того же источника нового документа, имеющего точно такую же доказательственную силу.

3. Вещественным доказательством является не сам предмет как таковой, а предмет с его определенными качествами и связями с доказательственными фактами. Без восприятия этих качеств и связей субъектом доказывания предмет не имеет доказательственной ценности. Поэтому вещественное доказательство есть не просто предмет, а система: предмет — доказательственный факт (факты) — субъект доказывания, причем система правовая, требующая соблюдения определенной процессуальной формы. Поэтому необходимыми элементами понятия вещественного доказательства являются его осмотр и решение субъекта доказывания о приобщении к делу. В УПК содержится требование осмотра предмета, который производится на месте производства того следственного действия, в ходе которого предмет был обнаружен (ч. 2 ст. 177). Это может быть не только осмотр, но и обыск, выемка, проверка показаний на месте. Невыполнение этого требования ведет к недопустимости данного предмета как доказательства (например, извлеченная из тела пуля, не подвергнутая осмотру с отражением его результатов в соответствующем протоколе). Оформление процесса получения вещественных доказательств и описание их без составления протоколов следственных действий (например, путем составления таких не известных уголовно-процессуальному закону документов, как акты проверочных закупок, протоколы «добровольных выдач») неправомерно, ибо это не обеспечивает достаточных гарантий достоверности полученной информации. В этих случаях необходимо проводить следственное действие, включающее в себя осмотр полученного предмета. В протоколе перечисляются все изымаемые предметы и документы, указываются количественные и качественные характеристики предметов, все другие индивидуальные признаки, позволяющие выделить объект из числа ему подобных и обусловливающие его доказательственное значение.

Если для производства осмотра на месте проведения следственного действия требуется продолжительное время или такой осмотр затруднен, то предметы должны быть *изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписями* следователя и понятых на месте осмотра (ч. 3 ст. 177). Невыполнение этого требования рассматривается судебной практикой как основание для признания полученных вещественных доказательств недопустимыми[1].

На практике при изъятии большого числа предметов и документов составляется также специальная опись, прилагаемая к протоколу и являющаяся его неотъемлемой частью. В протоколе или в прилагаемой к нему описи указываются точные наименования, количество, мера, вес, серия и номер, другие отличительные признаки каждого изымаемого объекта, а также места их обнаружения. Копия протокола и описи выдаются на руки лицу, у которого произведено изъятие имущества, ценностей или документов. Если опись изымаемых предметов и ценностей составить на месте невозможно из-за большого их количества, они помещаются в упаковку, которая снабжается бирками с удостоверительными надписями и подписями следователя, понятых и лица, у которого произведено изъятие. В таких случаях составление описи изъятых объектов производится по месту проведения следствия, дознания или судебного разбирательства с участием понятых (по возможности тех же) и отражением в протоколе сохранности печатей и удостоверительных надписей на упаковке, в которую были помещены изъятые объекты.

---

[1] См.: *Золотых В.В.* Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. М., 1999. С. 180.

Иногда между осмотром предмета и признанием его вещественным доказательством необходимо произвести и другие следственные действия (опознание, экспертизу и т.д.). Недопустимость предмета в качестве вещественного доказательства влечет за собой и отсутствие постановления (определения) о признании его таковым и приобщении к делу.

4. Деньги, ценности и иное имущество могут подлежать по приговору суда такой мере уголовно-правового характера, как *конфискация*, т.е. принудительному безвозмездному обращению по решению суда в собственность государства (п. 4^1 ч. 3 ст. 81 УПК). Уголовным законом (п. «а»—«в» ч. 1 ст.104^1 *УК*) предусматривается конфискация следующего имущества:

а) денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 105, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 126, ст. 127^1, 127^2, 146, 147, 164, ч. 3 и 4 ст. 184, ст. 186, 187, 188, 189, ч. 3 и 4 ст. 204, ст. 205, 205^1, 205^2, 206, 208, 209, 210, 212, 222, 227, 228^1, 229, 231, 232, 234, 240, 241, 242, 242^1, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282^1, 282^2, 285, 290, 355, ч. 3 ст. 359 *УК*, и любых доходов от этого имущества, за исключением имущества и доходов от него, подлежащих возвращению законному владельцу;

б) денег, ценностей и иного имущества, в которые имущество, полученное в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы;

в) денег, ценностей и иного имущества, используемых или предназначенных для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

5. Вещественные доказательства, как правило, должны *храниться* при уголовном деле или в месте, указанном дознавателем или следователем (если по причине их громоздкости и иных причин они не могут храниться при уголовном деле). Исключение составляют лишь случаи, когда хранение вещественных доказательств затруднено или издержки по обеспечению специальных условий хранения соизмеримы с их стоимостью (п. 1 ч. 2 ст. 82). Если же обеспечить хранение предмета невозможно, а приобщение к делу его образца для сравнительного исследования не целесообразно, такой предмет не признается вещественным доказательством, даже если он выполняет в доказывании такую же роль (например, дерево, с которым столкнулся автомобиль). Фиксация подобных предметов производится другими способами — путем описания их в протоколе осмотра места происшествия и фотографирования. Не признаются вещественными доказательствами и трупы людей.

6. Согласно п. 1—3, 4.1—6 ч. 3 комм. статьи при вынесении приговора, а также определения или постановления о *прекращении уголовного дела* подлежат конфискации, или передаются в соответствующие учреждения, или уничтожаются орудия преступления, принадлежащие обвиняемому. Использованные в качестве орудия преступления предметы, *законными* владельцами которых являются другие лица, должны быть возвращены этим лицам. Сложившаяся судебная практика исходит из того, что не подлежит конфискации автомобиль — орудие преступления, которым обвиняемый пользовался по доверенности. Он передается собственнику или титульному владельцу. Не признаются орудием преступления и не могут быть конфискованы транспортные средства, если они использовались не как средства умышленного преступления

против личности или совершения хищения, а при нарушении правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств.

Вместе с тем следует учитывать, что согласно ч. 3 ст. 35 Конституции РФ «никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда». Таким образом, в соответствии с этой, не знающей никаких исключений, конституционной нормой орудия преступления, другие предметы, признанные вещественными доказательствами и являющиеся *собственностью* обвиняемого, могут быть конфискованы или уничтожены *лишь по решению суда*. Однако содержащееся в п. 6 ч. 3 ст. 81 УПК РФ положение о решении споров относительно вещественных доказательств в порядке гражданского судопроизводства в данном случае применено быть не может, ибо оно касается только споров о *принадлежности* вещественного доказательства, а не его конфискации у бесспорного собственника. Нельзя применить по аналогии и ст. 115 УПК, поскольку она предполагает возможность лишь временного изъятия имущества. Таким образом, приходится констатировать, что УПК РФ сохраняет пробел, выражающийся в том, что *органы предварительного расследования в случае прекращения ими уголовного дела*, ввиду названной конституционной нормы, не обладают законной возможностью самим лишить обвиняемого (подозреваемого) его имущества. Представляется, что такое изъятие в случае прекращения уголовного дела допускается лишь по заявлению прокурора в защиту публичных интересов (ст. 45 *ГПК*).

7. Под предметами, *запрещенными к обращению*, которые согласно п. 2 ч. 3 комм. статьи подлежат передаче в соответствующие учреждения или уничтожаются, понимаются предметы, *запрещенные законодательством и полностью изъятые из оборота*, т.е. те, изготовление, приобретение, хранение, сбыт и распространение которых запрещены законом (порнографические издания, приспособления для некоторых видов азартных игр, поддельные денежные знаки, незаконно изготовленные наркотические вещества и т.д.). Их необходимо отличать от вещей с ограниченной оборотоспособностью, к которым относятся:

— вещи, *изъятые из гражданского оборота*, которые согласно закону не могут быть предметом гражданско-правовых сделок, хотя и могущие быть передаваемы по другим основаниям (например, архивные материалы);

— вещи, *ограниченные в обороте,* которые могут приобретаться в собственность лишь по особым разрешениям (оружие, сильнодействующие яды, радиоактивные вещества, наркотические средства и т.д.). Правоотношения, возникающие при обороте гражданского, служебного, а также боевого ручного стрелкового и холодного оружия, регулируются ФЗ от 13.12.96 г. «Об оружии». Порядок приобретения, использования, конфискации и уничтожения наркотических средств определен ФЗ от 08.01.98 г. «О наркотических средствах и психотропных веществах» и постановлением Правительства РФ от 18.06.99 г. «О порядке дальнейшего использования или уничтожения наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, а также инструментов и оборудования, которые были конфискованы или изъяты из незаконного оборота либо дальнейшее использование которых признано нецелесообразным». На территории РФ определенные ограничения установлены также для оборота валютных ценностей — иностранной валюты, ценных бумаг в иностранной валюте, драгоценных металлов и природных драгоценных камней в любом виде и состоянии, за исключением ювелирных и других бытовых изделий, а также лома таких изделий (Закон РФ от 09.10.92 г. «О валютном регулировании и валютном контроле», Положение

о совершении сделок с драгоценными металлами на территории Российской Федерации, утв. постановлением Правительства РФ от 30.06.94 г. № 765, Положение о совершении сделок с природными драгоценными камнями на территории Российской Федерации, утв. постановлением Правительства РФ от 27.06.96 г. № 759).

Только предметы, полностью запрещенные к обращению, а также предметы, изъятые из гражданского оборота, могут быть безвозмездно изъяты у владельцев и переданы в соответствующие учреждения или уничтожены, т.к. не могут являться собственностью физических и юридических лиц. Вещи, ограниченные в обороте, могут быть собственностью указанных лиц, и в этом случае согласно ст. 243 *ГК* подлежат безвозмездному изъятию (конфискации) в уголовном судопроизводстве только по приговору суда.

Когда вещественное доказательство представляет собой ограниченно оборотоспособную вещь, которая в силу закона не может принадлежать ее *собственнику*, если у него отсутствует особое разрешение на приобретение и владение ею (например, охотничье огнестрельное оружие, полученное по наследству), то в соответствии с гражданским законодательством оно подлежит *возмездному* отчуждению самим собственником или (при невыполнении им этой обязанности в течение года с момента возникновения права собственности) — принудительно, по решению суда в порядке, установленном ст. 238 *ГК*. До решения вопроса о наследовании имущества и получения лицензии на приобретение оружия оно подлежит изъятию для ответственного хранения ОВД (ст. 20 ФЗ «Об оружии»).

8. Согласно ч. 4 комм. статьи предметы, изъятые в ходе *досудебного производства,* но *не признанные вещественными доказательствами*, подлежат возврату лицам, у которых они были изъяты. Это правило служит важной гарантией против произвольного удержания органами предварительного расследования предметов, не имеющих отношения к уголовному делу, но необходимых их законным владельцам. Однако оно, по-видимому, не распространяется на предметы, полностью запрещенные к обращению либо ограниченно оборотоспособные, если собственники последних не имеют необходимого разрешения на их приобретение (см. об этом п. 7, 8 комм. к рассматриваемой статье). Кроме того, следует отметить, что суд также вправе производить в ходе судебного разбирательства осмотр местности и помещений (ст. 287). Представляется, что если при этом будут обнаружены какие-либо предметы, которые после их изъятия все же не были признаны судом вещественными доказательствами, они также подлежат возврату законным владельцам.

СТАТЬЯ 82
ХРАНЕНИЕ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Вещественные доказательства должны храниться при уголовном деле до вступления приговора в законную силу либо до истечения срока обжалования постановления или определения о прекращении уголовного дела и передаваться вместе с уголовным делом, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей. В случае, когда спор о праве на имущество, являющееся вещественным доказательством, подлежит разрешению в порядке гражданского судопроизводства, вещественное доказательство хранится до вступления в силу решения суда.

2. Вещественные доказательства в виде:

1) предметов, которые в силу громоздкости или иных причин не могут храниться при уголовном деле, в том числе большие партии товаров, хранение которых затруднено или издержки по обеспечению специальных условий хранения которых соизмеримы с их стоимостью:

а) фотографируются или снимаются на видео- или кинопленку, по возможности опечатываются и хранятся в месте, указанном дознавателем, следователем. К материалам уголовного дела приобщается документ о месте нахождения такого вещественного доказательства, а также может быть приобщен образец вещественного доказательства, достаточный для сравнительного исследования;

б) возвращаются их законному владельцу, если это возможно без ущерба для доказывания;

в) передаются для реализации в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. Средства, вырученные от реализации, зачисляются в соответствии с настоящей частью на депозитный счет органа, принявшего решение об изъятии указанных вещественных доказательств, на срок, предусмотренный частью первой настоящей статьи. К материалам уголовного дела может быть приобщен образец вещественного доказательства, достаточный для сравнительного исследования;

2) скоропортящихся товаров и продукции, а также имущества, подвергающегося быстрому моральному старению, хранение которых затруднено или издержки по обеспечению специальных условий хранения которых соизмеримы с их стоимостью, могут быть:

а) возвращены их владельцам;

б) в случае невозможности возврата переданы для реализации в порядке, установленном Правительством Российской Федерации. Средства, вырученные от реализации, зачисляются на депозитный счет либо органа, принявшего решение об изъятии указанных вещественных доказательств, либо банка или иной кредитной организации, предусмотренных перечнем, который устанавливается Правительством Российской Федерации, на срок, предусмотренный частью первой настоящей статьи. К уголовному делу может быть приобщен образец вещественного доказательства, достаточный для сравнительного исследования;

в) уничтожены, если скоропортящиеся товары и продукция пришли в негодность. В этом случае составляется протокол в соответствии с требованиями статьи 166 настоящего Кодекса;

3) изъятых из незаконного оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, а также предметов, длительное хранение которых опасно для жизни и здоровья людей или для окружающей среды, после проведения необходимых исследований передаются для их технологической переработки или уничтожаются, о чем составляется протокол в соответствии с требованиями статьи 166 настоящего Кодекса;

3.1) денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения преступления, и доходов от этого имущества, обнаруженных при производстве следственных действий, подлежат аресту в порядке, установленном статьей 115 настоящего Кодекса *(п. 3.1 в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

4) денег и ценностей, изъятых при производстве следственных действий, после их осмотра и производства других необходимых следственных действий:

а) должны быть сданы на хранение в банк или иную кредитную организацию в соответствии с подпунктом «б» пункта 2 настоящей части;

б) могут храниться при уголовном деле, если индивидуальные признаки денежных купюр имеют значение для доказывания.

3. Иные условия хранения, учета и передачи отдельных категорий вещественных доказательств устанавливаются Правительством Российской Федерации.

4. В случаях, предусмотренных подпунктами «б» и «в» пункта 1 и подпунктом «а» пункта 2 части второй настоящей статьи, дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление.

5. При передаче уголовного дела органом дознания следователю или от одного органа дознания другому либо от одного следователя другому, а равно при направлении уголовного дела прокурору или в суд либо при передаче уголовного дела из одного суда в другой вещественные доказательства передаются вместе с уголовным делом, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей.

1. Правила изъятия, учета, хранения и передачи вещественных доказательств, ценностей и иного имущества в стадиях предварительного следствия, дознания и судебного разбирательства, а также порядок исполнения решений органов предварительного следствия и дознания, суда в отношении вещественных доказательств по уголовным делам, ценностей и иного имущества регулируются инструкцией «О порядке изъятия, учета, хранения и передачи вещественных доказательств по уголовным делам, ценностей и иного имущества органами предварительного следствия, дознания и судами» (утв. Генеральной прокуратурой СССР, МВД СССР, Минюстом СССР, Верховным Судом СССР, КГБ СССР от 18.10.89 г. № 34/15 с изм. и доп., внесенными Генеральной прокуратурой РФ, Верховным Судом РФ, Министерством юстиции РФ, МВД РФ и ФСБ РФ в 1995 г.), — в части, не противоречащей УПК РФ.

Также действует постановление Правительства РФ от 20.08.2002 г. № 620 «Об утверждении положения о хранении и реализации предметов, являющихся вещественными доказательствами, хранение которых до окончания уголовного дела или при уголовном деле затруднительно»[1].

2. При хранении и передаче вещественных доказательств, наград, ценностей, документов и иного имущества принимаются меры, обеспечивающие сохранение у изъятых объектов признаков и свойств, в силу которых они имеют значение вещественных доказательств по уголовным делам, а также имеющихся на них следов, а равно сохранность самих вещественных доказательств, ценностей, документов и иного имущества (если они не могут быть переданы на хранение потерпевшим, их родственникам либо другим лицам, а также организациям). Вещественные доказательства хранятся при уголовном деле, а в случае их громоздкости или иных причин передаются на хранение, о чем составляется протокол. Для хранения вещественных доказательств в ОВД, ФСБ, прокуратуры, судах оборудуются специальные помещения со стеллажами, обитой металлом дверью, зарешеченными окнами, охранной и противопожарной

[1] СЗ РФ. 2002. № 34.

сигнализацией. При отсутствии такого помещения выделяется специальное хранилище (сейф, металлический шкаф достаточного размера и т.п.). Ответственным за сохранность вещественных доказательств, приобщенных к делу, является лицо, ведущее следствие или дознание, а в суде — судья или председатель суда. Доступ в помещение для хранения вещественных доказательств, ценностей и иного имущества (хранилище) возможен только в присутствии лица, ответственного за их сохранность.

3. Хранение изъятого в ходе предварительного следствия, дознания или судебного разбирательства огнестрельного и холодного оружия, боеприпасов производится только в ОВД и органах ФСБ после проверки в экспертно-криминалистических подразделениях. Вещественные доказательства в виде взрывчатых веществ передаются на хранение на склады войсковых частей или соответствующих государственных предприятий (организаций), яды и сильнодействующие препараты передаются на склады организаций, где имеются надлежащие условия для хранения, по согласованию и с ведома их руководства (командования). В случаях изъятия оружия, боеприпасов, воинского снаряжения, принадлежащего войсковым частям и учреждениям Министерства обороны, МВД РФ, они подлежат сдаче на хранение по принадлежности, если это не затруднит проведение следствия или судебного разбирательства. По всем делам о преступлениях, связанных с применением огнестрельного нарезного оружия, органы следствия и дознания, суды обязаны после изъятия, осмотра и проведения соответствующих исследований направлять пули, гильзы и патроны со следами оружия, а также нарезное огнестрельное оружие через ОВД во всероссийскую пулегильзотеку ВНИИ МВД РФ. Одновременно с проверкой нарезного огнестрельного оружия по пулегильзотеке оно проверяется по оперативному учету утраченного и выявленного оружия. При обнаружении и изъятии других объектов и документов, принадлежность которых не установлена и розыск которых может осуществляться по соответствующим оперативно-розыскным и криминалистическим учетам ОВД, незамедлительно принимаются меры к проверке названных объектов по этим учетам.

4. Если изъятые награды и документы к ним являются вещественными доказательствами или в отношении них назначается экспертиза, они могут находиться в органе предварительного следствия, дознания, суде для производства необходимых следственных и иных действий.

5. Хранение автомашин, мотоциклов и иных транспортных (в т.ч. плавучих) средств, использовавшихся в качестве орудий совершения преступления и признанных потому вещественными доказательствами, производится по письменному поручению следователя, дознавателя, прокурора, суда в течение предварительного расследования или судебного разбирательства соответствующими службами ОВД, ФСБ (если они не могут быть переданы на хранение владельцу, его родственникам или другим лицам, а также организациям), руководители которых выдают об этом сохранную расписку, приобщаемую к делу. В расписке указывается, кто является персонально ответственным за сохранность принятого транспортного средства. При изъятии, а также при передаче на хранение транспортного средства, по возможности и при участии его владельца, составляется акт технического состояния данного средства.

6. В течение производства следствия или дознания (до вынесения постановления о прекращении дела) и до вступления в законную силу приговора суда, а равно в течение проверки до вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела

изъятые наркотические вещества в опечатанном виде хранятся в помещении для хранения вещественных доказательств (хранилище) органа дознания или предварительного расследования либо в металлическом ящике (сейфе) оперативной части исправительного учреждения за пределами жилой и производственной зон. Основанием для передачи в соответствующее учреждение либо уничтожения наркотиков является постановление следователя о прекращении дела или об отказе в возбуждении уголовного дела, а также решение суда.

7. Паспорта, военные билеты (свидетельства о рождении, приписные свидетельства несовершеннолетних) арестованных обвиняемых приобщаются к уголовному делу и хранятся в отдельном опечатанном пакете, подшитом к делу и пронумерованном очередным его листом.

8. Деньги и иные валютные ценности, признанные вещественными доказательствами, регистрируются в журнале учета вещественных доказательств и вместе с описью сдаются на временное хранение в упакованном виде в специально оборудованное для хранения вещественных доказательств и ценностей помещение, если индивидуальные признаки денежных знаков имеют значение для доказывания. В ином случае они передаются на хранение в банк или иную кредитную организацию с зачислением на депозитный счет либо органа, принявшего решение об изъятии указанных вещественных доказательств, либо банка или иной кредитной организации, предусмотренных перечнем, который устанавливается Правительством РФ, до вступления приговора в законную силу либо до истечения срока обжалования постановления или определения о прекращении уголовного дела.

9. Документы, письма и другие записи, приобщенные к делу в качестве вещественных доказательств, должны храниться в конвертах вложенными между чистыми листами бумаги. На них запрещается делать какие-либо пометки, надписи и перегибать их. Конверты опечатываются, подшиваются в деле и нумеруются очередным его листом. При большом количестве приобщаемых к делу писем и документов они помещаются в отдельный пакет, прилагаемый к делу. На конверте или пакете должна быть надпись с перечнем вложенных в него документов.

10. Следователь, дознаватель, прокурор, судья обязаны обеспечивать сохранение в тайне приобщенной к делу корреспонденции от лиц, не имеющих отношения к производству дознания, следствия, судебному разбирательству по данному делу.

11. Запрещается помещение на хранение вещественных доказательств и иных объектов в увлажненном и т.п. состоянии, могущем повлечь их порчу и невозможность дальнейшего исследования и использования в качестве доказательств. При необходимости должны быть приняты безотлагательные меры по приведению изъятых объектов в состояние, позволяющее их дальнейшее хранение.

12. Объекты биологического происхождения, в т.ч. подлежащие микроскопическому или химическому исследованию, подвергающиеся быстрой порче, должны быть упакованы в герметически закупоренные емкости. Упаковка таких объектов (в т.ч. требующих дальнейшего исследования частей трупов) производится работниками судебно-медицинских учреждений. При завершении экспертного исследования хранение биологических объектов производится по месту проведения предварительного следствия. Если для хранения биологических объектов требуются специальные условия, оно осуществляется в судебно-медицинском учреждении по согласованию с его руководством.

13. Продукты или промтовары, которые служили объектами преступных действий или сохранили на себе следы преступления, передаются для экспертного исследования полностью или в необходимой части (проба, образец). При возможности помимо пробы или образца, направляемых на исследование, выделяются проба или образец, которые в опечатанном виде приобщаются к делу для обеспечения возможности повторного исследования.

14. В прилагаемой к обвинительному заключению (обвинительному акту) справке указывается, где хранятся изъятые по делу вещи, документы или иное имущество со ссылкой на соответствующий лист дела, где подшиты документы, подтверждающие сдачу на хранение изъятых имущества или ценностей.

15. Вещественные доказательства по конкретным уголовным делам хранятся отдельно от вещественных доказательств по другим делам. Вещественные доказательства по приостановленным производством делам о нераскрытых преступлениях хранятся по месту их расследования отдельно от вещественных доказательств по действующим делам в упакованном и опечатанном виде, обеспечивающем их сохранность и возможность дальнейшего использования. Каждый пакет с такими объектами снабжается пояснительной надписью с указанием номера дела, его фабулы и даты возбуждения, наименованием находящегося в упаковке объекта. Биологические объекты по приостановленным делам, требующие специальных условий хранения, находятся в архивах судебно-медицинских учреждений. Основанием для помещения биологических объектов в архив судебно-медицинского учреждения является письмо прокурора, следователя, дознавателя, суда, направляемое руководителю соответствующего учреждения.

16. Для учета вещественных доказательств и других изъятых по уголовным делам предметов и ценностей в органах предварительного расследования и судах ведется специальная книга, которая находится у лица, ответственного за хранение и учет вещественных доказательств и иного изъятого имущества и ценностей. Ведение книги осуществляется по правилам ведения документов строгой отчетности. Каждый лист книги нумеруется, книга прошнуровывается и скрепляется сургучной печатью, а также подписью прокурора, начальника органа дознания, предварительного следствия, председателя суда. При регистрации вещественных доказательств в книге учета записи производятся в хронологическом порядке, каждая вещь записывается отдельно, при изъятии нескольких однородных предметов проставляется их количество, дата поступления, наименование (если вещественные доказательства упакованы, может быть произведена проверка их количества и наименований со вскрытием упаковки и составлением акта об этом), если изъято большое количество наименований, составляется опись, и запись объектов в книгу производится в соответствии с описью. При этом каждому предмету присваивается порядковый номер.

17. Если вещественные доказательства находятся при уголовном деле, в книге учета делается отметка об этом с указанием фамилии должностного лица, у которого находятся вещественные доказательства. Помимо книги учета вещественных доказательств, ценностей и иного имущества, по усмотрению руководителей правоохранительных ведомств могут быть установлены и другие формы учета данных объектов (ведомости, квитанции и др.).

18. Приобщенные к уголовному делу вещественные доказательства по окончании следствия или дознания и направления уголовного дела прокурору (за исключе-

нием тех случаев, когда расследование производилось следователем данной прокуратуры) или в суд, а также при передаче дела в другой орган для дальнейшего расследования передаются одновременно с уголовным делом. Об этом в отношении каждого передаваемого объекта в книге учета вещественных доказательств производится соответствующая запись. Не допускается передача с уголовным делом предметов, не признанных вещественными доказательствами. Работник канцелярии, секретарь суда, принимающий вещественные доказательства вместе с делом, расписывается в их приеме в книге учета, указывая свою должность и фамилию, удостоверяет подпись штампом соответствующего учреждения. Все вещественные доказательства регистрируются в день поступления. Регистрация вещественных доказательств, приобщенных к делу, производится в день вынесения постановления или определения суда. Секретарь суда, работник канцелярии органа, в который направляется уголовное дело с вещественными доказательствами, принимая эти объекты, проверяет целостность (сохранность) упаковки и печатей на ней. При нарушении упаковки и печати секретарь суда в присутствии председателя суда (судьи), работник канцелярии органа предварительного следствия или дознания в присутствии его руководителя или заместителя, а также лица, доставившего дело и вещественные доказательства, вскрывает упаковку и сверяет наличие вещей, содержащихся в ней, с записью о вещественных доказательствах в справке к обвинительному заключению (обвинительному акту) и с постановлением о приобщении к делу вещественных доказательств. О произведенном вскрытии упаковки составляется акт, который подшивается в дело. В тех случаях, когда при вскрытии нарушенной упаковки или печати установлено несоответствие фактического наличия вещественных доказательств записи в справке к обвинительному заключению (обвинительному акту) и постановлению о приобщении к делу вещественных доказательств, а также когда запись на упаковке (опись содержимого) не соответствует этим записям, дело не принимается до выяснения причин несоответствия должностными лицами заинтересованных ведомств. Об установленных нарушениях составляется акт, который подписывается председателем суда (судьей), прокурором, начальником ОВД, органа ФСБ (начальниками следственных подразделений этих органов) и работником канцелярии, а также лицом, доставившим дело. Копия акта высылается органу, направившему дело. При регистрации вещественного доказательства в суде ему присваивается номер (порядковый номер по книге), где указываются дата поступления, наименование вещественного доказательства, количество, номер дела, к которому оно приобщено, фамилия, имя и отчество обвиняемого. После регистрации вещественного доказательства на его упаковке проставляется номер, за которым уголовное дело зарегистрировано в суде, а также указывается номер вещественного доказательства. При передаче уголовного дела и вещественных доказательств в другой суд или прокуратуру, в отношении каждого из передаваемых вещественных доказательств должна быть сделана соответствующая запись в книге. Если вещественные доказательства и иные изъятые ценности в суд не направлялись, а находятся на хранении в органе дознания, предварительного следствия или ином учреждении, секретарь суда вносит в книгу запись о месте их нахождения.

19. При передаче уголовного дела от одного к другому следователю в том же органе предварительного расследования первый обязан сдать, а второй принять с проверкой наличия все изъятые по делу предметы и ценности, расписаться в их приеме в книге учета вещественных доказательств в присутствии ответственного за их хранение лица.

20. После вынесения приговора (определения), постановления о прекращении уголовного дела в книге учета вещественных доказательств делается отметка о состоявшемся решении в отношении вещественных доказательств с указанием содержания и даты решения.

21. Вещественные доказательства, подлежащее возвращению владельцам, выдаются им в натуре под расписку, которая подшивается в уголовное дело и нумеруется очередным его листом. О возможности получения заинтересованными лицами изъятых у них предметов и ценностей им сообщается письменно, копия уведомления подшивается в уголовное дело. В расписке получатель указывает данные своего паспорта или иного удостоверяющего его личность документа, место проживания. В случае невозможности личной явки владельца предметов и ценностей они могут быть получены по его доверенности другим лицом, расписка которого также приобщается к делу. Если владельцем является организация, предметы и ценности передаются ее представителям под расписку при наличии доверенности и удостоверяющего их личность документа.

22. Следователь, дознаватель, суд могут возвратить законным владельцам изъятые у них вещи и до принятия решения по делу, если это возможно без ущерба для процесса доказывания.

23. В случае освобождения из-под стражи или прекращения уголовного дела, при вынесении оправдательного приговора владельцам возвращаются все их личные документы.

24. Пункт 3 ч. 2 комм. статьи не предусматривает возможность передачи для технологической переработки или уничтожения изъятых из незаконного оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, приобщенных к уголовному делу в качестве вещественного доказательства, *без судебного решения*[1]. Представляется, что тот же вывод правомерен и в отношении передачи для реализации или уничтожения скоропортящихся товаров и продукции, а также имущества, подвергающегося быстрому моральному старению (подп. «б» и «в» п. 2 ч. 2 комм. статьи).

25. Уничтожение вещественных доказательств, подлежащих уничтожению, производится особой комиссией. В органах предварительного расследования комиссии создаются в составе 3 человек, в т.ч. дознавателя, следователя, в производстве которого находится данное уголовное дело, работника канцелярии, работника финансового подразделения. Об уничтожении вещественных доказательств составляется акт, который приобщается к материалам дела. В книге делается соответствующая отметка об исполнении. В отдельных случаях, если это вызывается особыми свойствами вещественных доказательств, они передаются для уничтожения специальным органам других ведомств (ОВД, здравоохранения, представителям войсковых частей и т.д.). Вместе с вещественным доказательством, подлежащим уничтожению, направляется копия решения или выписка из него и сопроводительное письмо. Копия сопроводительного письма и документ, подтверждающий получение ведомством вещественного доказательства, подшиваются в дело. В книге делается отметка об исполнении.

26. Работникам правоохранительных органов запрещается участие в реализации вещественных доказательств и других изъятых предметов и ценностей, в т.ч. промтоваров и продуктов, а также их приобретение через торгующие организации, произво-

---

[1] См. Определение КС РФ от от 10.03.2005 г. № 97-О по жалобе гражданина Головкина А.И. // Вестник КС РФ. 2005. № 5.

дящие реализацию, если им заведомо известно, что реализуемые товары и продукты изъяты в связи с уголовным делом.

27. При возвращении законному владельцу либо при передаче для реализации предметов, которые в силу громоздкости или иных причин не могут храниться при уголовном деле (подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 комм. статьи), а также при возвращении владельцам скоропортящихся товаров и продукции (подп. «а» п. 2 ч. 2) дознавателем, следователем, прокурором или судьей выносится *постановление*.

28. Хранение вещественных доказательств, которые в силу громоздкости или иных причин не могут храниться *при уголовном деле* (больших партий товаров, скоропортящихся товаров и продукции, а также имущества, подвергающегося быстрому моральному старению, хранение которых затруднено или издержки по обеспечению специальных условий хранения которых соизмеримы с их стоимостью) осуществляется:

— органом, принявшим решение об их изъятии, в порядке, устанавливаемом нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти;

— юридическим или физическим лицом, которое в состоянии обеспечить необходимые условия для хранения вещественных доказательств, отобранным уполномоченным органом.

Основанием для хранения вещественных доказательств, осуществляемого хранителем, является соглашение, заключаемое с хранителем.

Реализация вещественных доказательств осуществляется Российским фондом федерального имущества[1]. Передача вещественных доказательств Фонду на реализацию производится по решению уполномоченного органа, при этом Фонд принимает вещественные доказательства на ответственное хранение.

29. Обращение в доход государства ценностей, нажитых преступным путем, возможно при постановлении приговора только после обеспечения возмещения материального ущерба от преступления[2].

СТАТЬЯ 83
ПРОТОКОЛЫ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

Протоколы следственных действий и протоколы судебных заседаний допускаются в качестве доказательств, если они соответствуют требованиям, установленным настоящим Кодексом.

1. Протоколы следственных действий и протоколы судебных заседаний являются доказательствами по уголовному делу. Отличительными признаками этого вида доказательств являются:

— фиксация в них результатов следственных действий, производимых как в досудебных, так и в судебных стадиях уголовного процесса;

— удостоверение ими непосредственного восприятия фактических обстоятельств дознавателем, следователем, прокурором, судом и другими участниками следственного действия;

---

[1] См. подп. 16 п. 11 Устава Российского фонда федерального имущества, утв. постановлением Правительства РФ от 25.12.2002 г. № 925 «О Российском фонде федерального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. II). Ст. 5229.

[2] БВС РФ. 2003. № 6.

— составление их в письменной форме в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона.

2. Не являются доказательствами протоколы процессуальных действий, не относящиеся к категории следственных, т.е. не направленных на собирание и проверку доказательств, например, протокол об ознакомлении подозреваемого, обвиняемого, защитника с постановлением о назначении судебной экспертизы и разъяснении им прав (ч. 3 ст. 195), протокол ознакомления со всеми материалами уголовного дела при окончании предварительного расследования (ст. 218, ч. 2 ст. 225), а также протоколы судебных действий в той их части, которая фиксирует ход и результаты иных производимых в суде процессуальных действий, помимо следственных (осмотров и других действий по исследованию доказательств). В УПК РСФСР (ст. 87) к протоколам, являющимся доказательствами, не были отнесены протоколы допросов свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подозреваемых, которые рассматривались лишь как средства фиксации показаний. В УПК РФ такого ограничения не содержится, и протоколы допросов могут быть использованы в качестве доказательств на всех стадиях уголовного процесса (с ограничениями, установленными ст. 276, 281). Спорным остается вопрос о доказательственном значении протоколов получения образцов для сравнительного исследования (ст. 202). Они могут составляться с соблюдением требований к протоколам следственных действий (ст. 166, 167), однако сами образцы имеют доказательственное значение только в рамках сравнительного экспертного исследования, т.е. через заключение эксперта. Не относятся к данному виду доказательств и различного рода протоколы и акты, составленные вне уголовного процесса (например, в ходе административной деятельности). Такие материалы могут считаться иными документами в смысле ст. 84 УПК.

3. Проведение следственных действий может сопровождаться изготовлением планов, схем, слепков, оттисков следов, рисунков, фотографированием, проведением звуко- и видеозаписи и т.п. Такие материалы являются приложением к протоколу соответствующего следственного действия и не имеют без него доказательственного значения. Подобные приложения следует отличать от материалов фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи, обладающих признаками вещественных доказательств или иных документов (см. о них комм. к ст. 84).

СТАТЬЯ 84
ИНЫЕ ДОКУМЕНТЫ

1. Иные документы допускаются в качестве доказательств, если изложенные в них сведения имеют значение для установления обстоятельств, указанных в статье 73 настоящего Кодекса.

2. Документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном статьей 86 настоящего Кодекса.

3. Документы приобщаются к материалам уголовного дела и хранятся в течение всего срока его хранения. По ходатайству законного владельца изъятые и приобщенные к уголовному делу документы или их копии могут быть переданы ему.

4. Документы, обладающие признаками, указанными в части первой статьи 81 настоящего Кодекса, признаются вещественными доказательствами.

1. В комм. статье говорится об *иных* документах как самостоятельном средстве доказывания. Кроме них форму документов могут иметь также протоколы следственных и судебных действий, заключения экспертов и некоторые вещественные доказательства. Документы, о которых идет речь в ст. 84, имеют ряд специфических особенностей, позволяющих отграничивать их от других документальных средств доказывания.

Иные документы фиксируют фактические обстоятельства, ставшие известными не в результате следственных действий, а за их пределами.

Они могут иметь не только письменную, но и любую другую форму (аудио- и видеозапись, запись на компьютере и т.п.), предназначенную для сохранения и передачи информации. Важно, чтобы такие документы содержали сведения о лицах, от которых они исходят, с удостоверением последними изложенных в документе данных.

Они составляются и удостоверяются не органами, ведущими уголовный процесс, а иными лицами (должностными лицами, гражданами), которые могут и не быть участниками судопроизводства. Следователь, дознаватель, прокурор и суд не могут быть источниками *иных документов*, поскольку должны фиксировать ставшие им известными сведения по делу в форме протоколов следственных и судебных действий, где отражаются данные, воспринятые ими непосредственно в ходе названных действий. Поэтому не имеют значения доказательств такие документы, как, например, справки следователя о результатах его телефонных переговоров или личных бесед по обстоятельствам дела, о прослушивании им информации по радио или телевидению и т.п.

Сведения, изложенные в документах, всегда имеют определенное целевое назначение, а именно направлены на доведение до сведения официальных органов обстоятельств, имеющих значение для производства по уголовному делу. Если цель изложения лицом в документе сведений была иной (например, организовать совершение преступления, скрыть его следы, сообщить о нем своим знакомым), то такой документ должен расцениваться как вещественное доказательство. Обстоятельства, сопровождающие составление иных документов (время, место их изготовления, обстоятельства получения следователем и т.д.), не обладают значением доказательственных фактов, как это имеет место в случае вещественных доказательств. Поэтому иные документы, как правило, заменимы, т.е. без ущерба для их доказательственной силы могут быть замещены другими документами того же содержания (дубликатами), исходящими из того же источника. В противном случае документ приобретает значение вещественного доказательства (см. об этом п. 2 комм. к ст. 81).

2. К числу иных документов в смысле комм. статьи относятся: документы официальные (исходящие от государственных органов, должностных и юридических лиц) и неофициальные (исходящие от лиц физических); документы письменные и документы на кино-, фото- и электронных носителях; документы, составленные вне рамок процессуальных отношений, и документы, фиксирующие процессуальные действия (заявление или сообщение о совершении преступления, письменная явка с повинной).

3. Документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании, могут быть *оглашены* полностью или частично, если в них изложены или

удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Иные документы оглашаются стороной, которая ходатайствовала об их оглашении, либо судом (ст. 285). В отличие от УПК РСФСР (ст. 292), документы оглашаются на основании определения или постановления суда. Если документ не был оглашен, а значит, и исследован в судебном заседании, он не может быть положен в основание приговора или иного судебного решения (ст. 240). Вместе с тем следует иметь в виду, что в силу принципа непосредственности исследования доказательств неофициальные, т.е. исходящие от физических лиц, документы не могут заменить их показаний. Что касается официальных документов, то здесь необходимо отметить следующее. Если они содержат информацию, получение, обработка и предоставление которой целиком охватывается компетенцией соответствующего органа или организации, то первоисточником представленных в документе сведений должен считаться этот орган или организация, поэтому и получение в суде показаний автора документа необязательно. Когда же сведения, изложенные в официальном документе, выходят за пределы специальной компетенции соответствующего органа или организации, оно, как правило, *должно быть* допрошено в качестве свидетеля. Например, содержание рапорта сотрудника милиции, в котором он сообщает не только о времени, месте и основаниях задержания подозреваемого, но и о конкретных особенностях его поведения до и после задержания, обстановки места происшествия, описывает характер следов преступления и т.д., лишь частично охватывается компетенцией органа дознания, полномочного проводить задержание, но не могущего непосредственно воспринимать сопутствующие этому конкретные обстоятельства. Поэтому такого сотрудника милиции следует допросить по этим обстоятельствам в качестве свидетеля.

ГЛАВА 11. ДОКАЗЫВАНИЕ

СТАТЬЯ 85
ДОКАЗЫВАНИЕ

Доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса.

1. Доказывание — это процесс установления обстоятельств, на основе которых в уголовном судопроизводстве может быть принято итоговое решение по делу (приговор, решение о прекращении дела, о применении принудительных мер медицинского характера). *Средством доказывания* являются доказательства, относящиеся к данному уголовному делу и соответствующие требованиям закона. Оно осуществляется определенными *способами доказывания,* к которым относятся:

1) способы собирания доказательств: следственные действия, истребование и представление доказательств, получение предметов, документов и иных сведений, опрос лиц с их согласия защитником (ст. 86);

2) способы проверки доказательств: сопоставление с другими доказательствами, установление источников доказательств, получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство (ст. 87);

3) способы оценки доказательств: а) рассмотрение каждого доказательства с точки зрения его относимости, допустимости, достоверности, б) рассмотрение всех со-

бранных доказательств *в совокупности* с точки зрения их достаточности для принятия процессуального решения (ст. 88);

4) применение преюдиции (ст. 90).

5) презюмирование (ст. 14).

2. Назначение доказывания — не только фактическое установление истины по делу, т.е. обеспечение с помощью доказательств *достоверного* знания относительно искомых обстоятельств (главная цель), но и юридическое их установление (констатация) в случаях, когда: а) они уже установлены вступившим в законную силу приговором (при использовании преюдиции); б) неустранимые сомнения толкуются в соответствии с требованиями закона в пользу той или иной стороны (*бремя доказывания* при презюмировании). Так, согласно ч. 3 ст. 14, все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном УПК РФ, толкуются в пользу обвиняемого. В соответствии с ч. 4 ст. 235 бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре, однако в остальных случаях бремя доказывания лежит на *стороне, заявившей ходатайство*. Бремя доказывания оснований и предмета и содержания гражданского иска лежит на гражданском истце и т.д.

3. *Обязанность уголовно-процессуального доказывания* лежит на органе дознания, дознавателе, следователе, прокуроре, представителе гражданского истца. Отчасти она лежит также на защитнике обвиняемого или подозреваемого, который обязан доказывать оправдывающие обстоятельства и обстоятельства, смягчающие наказание.

4. Доказывание в досудебном производстве имеет, в основном, предварительный характер. Хотя в ч. 1 ст. 74 и говорится о том, что прокурор, следователь, дознаватель *устанавливают* наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, это все же не окончательное установление (за исключением случаев прекращения уголовного дела). Окончательно признает наличие или отсутствие события преступления, виновности лица в его совершении суд. Собираемые на досудебных стадиях процесса доказательства можно считать *судебными* (например, заключение, получаемое в результате проведения судебной экспертизы — гл. 27) только в том смысле, что они могут быть предназначены для представления в суд. Протоколы показаний обвиняемого, подозреваемого, свидетеля и потерпевшего могут быть оглашены и использованы в судебном разбирательстве только по ходатайству и с согласия сторон (ст. 276, 281).

СТАТЬЯ 86
СОБИРАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом.

2. Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

3. Защитник вправе собирать доказательства путем:

1) получения предметов, документов и иных сведений;

2) опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

1. Собирание доказательств — элемент процесса доказывания, включающий обнаружение, изъятие и фиксацию доказательств. Собирание доказательств осуществляется определенными способами. В комм. статье выделено три группы участников судопроизводства, которые пользуются различными способами собирания доказательств. Первую группу составляют лица, ведущие уголовный процесс: дознаватель, следователь, прокурор и суд. Собирание доказательств осуществляет и орган дознания (ст. 157). Обращает на себя внимание то обстоятельство, что суд по-прежнему назван в числе субъектов собирания доказательств. Однако все доказательства делятся на уличающие и оправдывающие (ч. 1 ст. 332), поэтому, собирая доказательства, суд до некоторой степени рискует встать на обвинительные или оправдательные позиции — в зависимости от того, какого рода доказательства он преимущественно собрал. Однако суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты, он призван лишь создавать необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15). В связи с этим полномочия суда по собиранию доказательств следует толковать ограничительно. Активность суда в этой сфере должна носить лишь *субсидиарный* характер по отношению к сторонам обвинения и защиты (см. об этом п. 2 комм. к ст. 15). Способами собирания доказательств, которыми могут пользоваться участники процесса, включенные в данную группу, являются *следственные действия* и *иные процессуальные действия*. К числу иных процессуальных действий относятся: направление прокурором, следователем, дознавателем и органом дознания *требований, поручений и запросов*, которые обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами (ч. 4 ст. 21). О поручениях следователя и прокурора говорится в ч. 2 ст. 144, ч. 1 ст. 152, ч. 4 ст. 157, ч. 2 ст. 188. В отличие от следственных действий, эти способы не вполне обеспечены возможностью принудительного исполнения. Денежное взыскание, которое может быть наложено за неисполнение процессуальных обязанностей, предусмотрено только для участников уголовного судопроизводства (ст. 117) и не распространяется на других лиц, которые не исполняют названные требования, поручения и запросы. Хотя суд не назван в ст. 21 в числе тех, кто может направлять запросы, требования и поручения, такое его право предусмотрено в других статьях УПК. Так, например, согласно ч. 7 ст. 115 руководители банков и иных кредитных организаций при наложении ареста на принадлежащие подозреваемому, обвиняемому денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях, обязаны предоставить информацию об этих денежных средствах и иных ценностях по *запросу суда.* По *требованию* суда свидетель или потерпевший обязаны предоставить ему использовавшиеся ими при даче показаний письменные заметки (ст. 279); по *поручению* председа-

тельствующего в судебном заседании секретарь выполняет процессуальные действия, предусмотренные законом (ч. 2 ст. 245). Из содержания названной статьи вытекает, что суд вправе производить *судебные следственные действия,* к которым в статьях гл. 37 отнесены: допрос подсудимого, потерпевшего, свидетелей, эксперта, производство судебной экспертизы, осмотр вещественных доказательств, осмотр местности и помещения, следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование.

2. Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители вправе *собирать* и *представлять* письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств (ч. 2 комм. статьи). Таким образом, эти участники судопроизводства собирают не доказательства, а предметы и документы, которые могут быть лишь представлены ими дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору и суду для приобщения к материалам уголовного дела в качестве доказательств. По смыслу комм. нормы, а также с учетом содержания ст. 159, 271 можно заключить, что соответствующее ходатайство рассматривается и разрешается лицами, ведущими процесс.

3. Часть 3 комм. статьи посвящена собиранию *доказательств* защитником. Способами для этого служат: получение предметов, документов и иных сведений; опрос лиц (в т.ч. специалистов) с их согласия; истребование документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии. Представляется, что в отличие от ч. 2 комм. статьи, в ч. 3 не случайно говорится о собирании не предметов и документов, которые могут стать доказательствами лишь после удовлетворения ходатайства об их приобщении к делу, а именно *доказательств.* В соответствии с принципом равенства сторон сведения, собранные защитником, сразу должны становиться доказательствами, так же как и сведения, собираемые его процессуальными противниками, — следователем, органом дознания. дознавателем, прокурором и судом. Вместе с тем по смыслу ч. 2 ст. 159 в ходе предварительного расследования следователь и дознаватель фактически имеют возможность отказать в удовлетворении соответствующего ходатайства защитника, если сочтут, что обстоятельства, об установлении которых ходатайствует защитник, не имеют значение для данного уголовного дела. Однако по окончании предварительного расследования и ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь обязан выяснить, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты (ч. 4 ст. 217). В обвинительном заключении указывается перечень *доказательств*, на которые ссылается сторона защиты (п. 6 ч. 1 ст. 220). Кроме того, к обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц *со стороны защиты* с указанием их места жительства и (или) места нахождения (ч. 4 ст. 220). Особо обращает на себя внимание законодательное положение о том, что даже прокурор не вправе дополнить или сократить список лиц, подлежащих вызову в суд, если речь идет о списке свидетелей со стороны защиты (п. 3 ч. 2 ст. 221). Это говорит, во-первых, о том, что формирование списка не есть продукт деятельности следователя — в противном случае прокурор имел бы полное право изменять этот список (как он может составить новое обвинительное заключение или изменить объем обвинения и квалификацию); во-вторых, данный запрет указывает на то, что закон

признает формирование списка доказательств со стороны защиты ее исключительным правом, которое она реализует по собственному усмотрению. Но если даже прокурор не вправе изменять данный список, то тем более не вправе этого делать следователь, в т.ч. отказывая защите во включении в этот список указания на тех или иных свидетелей или доказательства. Примечательно, что в дальнейшем суд также *не вправе* отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271). Таким образом, защитник имеет практическую возможность добиться допроса ранее опрошенных им лиц в судебном разбирательстве, даже если следователь и дознаватель отказали ему в этом на предварительном расследовании. Но было бы абсурдно предположить, что следователь имеет большие полномочия, чем прокурор и суд, и может по своему усмотрению лишать другую равную с ним сторону возможности формировать свою доказательственную базу.

Представляется, что письменные объяснения, полученные в результате опроса, также могут быть представлены следователю, дознавателю и в суд в качестве *иных документов* (ст. 84). Это, конечно, не исключает, а предполагает в дальнейшем допрос этих лиц как свидетелей, но не потому, что их объяснения не являлись доказательствами, а потому, что письменные объяснения есть не что иное, как производные доказательства. В силу же принципа непосредственности исследования доказательств при наличии доказательств производных необходимо стремиться к получению первоначальных доказательств, каковыми в данном случае будут являться устные показания тех лиц, которые ранее дали письменные объяснения.

Иногда некоторые следователи и судьи отказывают в приобщении к материалам дела письменных объяснений, полученных защитником, мотивируя это тем, что УПК называет лишь такое действие, как опрос защитником лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86), но ничего не упоминает о получении от тех же лиц письменных объяснений. Подобная позиция неправомерна. Во-первых, она не учитывает, что если закон предусмотрел какой-либо способ собирания доказательств, то он предполагает и то, что доказательственные сведения будут иметь соответствующую форму. Во-вторых, согласно п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК, защитник вправе использовать любые *не запрещенные* Кодексом средства и способы защиты, а значит, и письменные объснения, ибо запрета на них ни УПК, ни какой-либо другой закон не содержат.

Что касается других доказательств (предметов и документов), полученных защитником и представленных им для рассмотрения в судебном разбирательстве, то по смыслу закона они (при условии их допустимости) также должны быть приобщены следователем (дознавателем) к материалам дела и направлены в суд наряду с доказательствами обвинения. На предварительном слушании рассматривается только вопрос об истребовании *дополнительных* доказательств по ходатайству сторон (ч. 7 ст. 234). В подготовительной части судебного заседания председательствующий опрашивает стороны, имеются ли у них ходатайства о вызове лишь *новых* свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов (ч. 1 ст. 271), т.е. вопрос о рассмотрении тех доказательств, которые уже истребованы, получены и представлены защитником, не обсуждается. Приведенные положения закона можно объяснить только одним — предметы и документы, представленные защитой, с самого начала признаются законом доказательствами и подлежат приобщению к материалам уголовного дела.

Получаемые защитником предметы и документы, иные сведения должны отвечать требованиям допустимости доказательств. Так, должен быть известен, зафиксирован и проверяем их первоисточник; они должны быть получены только тем защитником, который допущен к участию в данном уголовном деле; лица, у которых получены сообщения в порядке опроса, должны быть информированы о том, что эти данные необходимы для представления в качестве судебных доказательств. Опрос лиц производится только с их согласия. Адвокат не вправе опрашивать уже допрошенных дознавателем, органом дознания, следователем или судом лиц с целью склонить их к отказу от показаний или их изменению. Защитник не может производить или использовать результаты негласных действий, которые можно квалифицировать как оперативно-розыскные, поскольку право на проведение ОРД в силу ст. 13 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» принадлежит только подразделениям определенных государственных органов. Вместе с тем защитник вправе воспользоваться помощью лиц, занимающихся частной детективной (сыскной) деятельностью в соответствии с Законом РФ от 11.03.92 г. «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации». Последние вправе осуществлять сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса путем: устного опроса граждан и должностных лиц (с их согласия), наведения справок, изучения предметов и документов (с письменного согласия их владельцев), внешнего осмотра строений, помещений и других объектов, наблюдения для получения необходимой информации в целях оказания вышеперечисленных услуг. Фиксация сведений, полученных защитником, обстоятельств обнаружения или получения предметов и документов может производиться в письменной форме (например, письменное оформление результатов опроса в виде объяснений), путем видео- и звукозаписи, привлечения свидетелей и специалистов.

СТАТЬЯ 87
ПРОВЕРКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Проверка доказательств производится дознавателем, следователем, прокурором, судом путем сопоставления их с другими доказательствами, имеющимися в уголовном деле, а также установления их источников, получения иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство.

1. Проверка доказательств является необходимым элементом процесса доказывания. Проверкой доказательств, как следует из содержания комм. статьи, являются: а) сопоставление проверяемых доказательств с другими доказательствами, б) установление источников доказательств, в) получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. По смыслу комм. нормы целью проверки доказательств является *подтверждение* или *опровержение* проверяемого доказательства. Следует иметь в виду, что достижение этой *цели* невозможно без *оценки* доказательств, т.е. мыслительной логической деятельности по определению их относимости, допустимости, достоверности и достаточности, которая рассматривается как отдельный элемент процесса доказывания и регулируется ст. 88. Поэтому проверку доказательств необходимо отличать от их оценки, хотя они сопутствуют друг другу и могут осуществляться практически одновременно. Непосредственная *задача* проверки доказательств состоит в том, чтобы обеспечить условия для оценки доказа-

тельств в *их совокупности*. При этом совокупность доказательств может пониматься не только как общая совокупность доказательств в целом, позволяющая проверить все доказательства, собранные по данному делу, но и как совокупность доказательств в пределах их локальных *проверочных комплексов*, создающая условия для проверки отдельных доказательств. Например, показания свидетеля о том, что он слышал голоса людей, которые кричали друг на друга, могут быть проверены совокупностью доказательств, подтверждающих, что с того места, где находился свидетель, действительно можно было слышать голоса людей, разговаривающих на повышенных тонах; что данный свидетель обладает нормальным слухом; что он не заинтересован в исходе данного дела. Комплекс названных доказательств не устанавливает с достоверностью, что имела место ссора, приведшая к совершению преступления, но он позволяет прийти к достаточно обоснованному выводу, что показания свидетеля о том, что он слышал, соответствуют действительности и им можно доверять. Таким образом, задачей проверки доказательств является формирование совокупности доказательств, достаточной для вывода об их достоверности.

2. В комм. статье говорится, в частности, о проверке доказательств путем установления их источников. Однако если источник сведений не известен, сведения не могут признаваться доказательствами. Так, не могут быть допущены в качестве доказательств показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать *источник* своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75). Поэтому названное положение следует понимать в том смысле, что при неизвестности или неопределенности источника полученных сведений или их происхождения необходимо восполнять этот недостаток путем собирания дополнительных доказательств.

3. Иногда закон предполагает или прямо устанавливает определенную последовательность действий по проверке доказательств. К числу таких случаев относятся:

а) проверка производных доказательств путем получения доказательств первоначальных, если последние достижимы (см. об этом п. 6 комм. к ст. 74);

б) проверка ранее полученных показаний нескольких лиц, в которых имеются существенные противоречия, путем проведения между ними очной ставки (ст. 192);

в) проверка показаний свидетеля, потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого об опознании ими данного лица или предмета с помощью их предварительного допроса об обстоятельствах, при которых они наблюдали это лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым они могут его опознать (ст. 193);

г) проверка имеющихся в деле доказательств, указывающих на причины смерти или вред причиненный здоровью; вызывающих сомнение относительно вменяемости или способности подозреваемого, обвиняемого самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве, и другие обстоятельства, указанные в ст. 196, путем обязательного проведения судебной экспертизы;

д) проверка заключения эксперта в случаях его недостаточной ясности или полноты, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела путем проведения дополнительной экспертизы (ч. 1 ст. 207);

е) проверка заключения эксперта в случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам путем проведения повторной экспертизы (ч. 2 ст. 207).

Неприменение или нарушение указанных процедур влечет за собой признание полученного доказательства недопустимым либо оставляет неустранимые сомнения в их достоверности.

СТАТЬЯ 88
ПРАВИЛА ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — достаточности для разрешения уголовного дела.

2. В случаях, указанных в части второй статьи 75 настоящего Кодекса, суд, прокурор, следователь, дознаватель признает доказательство недопустимым.

3. Прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе. Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт.

4. Суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе в порядке, установленном статьями 234 и 235 настоящего Кодекса.

1. Оценка доказательств — это мыслительная логическая деятельность по определению относимости, допустимости и достаточности доказательств для принятия того или иного процессуального решения. Она представляет собой *элемент* процесса доказывания, т.е. сопровождает весь процесс собирания и проверки доказательств (текущая оценка доказательств). Однако оценка приобретает характер самостоятельного *этапа* доказывания, когда на основании совокупности собранных доказательств служит определению наличия или отсутствия оснований для принятия процессуальных решений (итоговая оценка доказательств). Оценка доказательств имеет процессуальную форму, которая имеет либо обобщенный вид изложения в процессуальных решениях сделанных на ее основе выводов, либо, в установленных законом случаях, — самого процесса обоснования этих выводов (мотивировки процессуального решения на фактическом уровне). Закон предъявляет к мотивировке процессуальных решений требования *полноты* и *непротиворечивости.* Полнота заключается в том, что из обоснования выводов о наличии или отсутствии обстоятельств дела не должно исключаться ни одно из собранных по делу доказательств. В случае признания тех или иных доказательств недоброкачественными следователь, дознаватель, прокурор и суд обязаны указать в своем итоговом решении (обвинительном заключении или акте, решении о прекращении дела или уголовного преследования, приговоре и т.д.), почему они принимают одни из доказательств и отвергают другие. Так, если в приговоре суда сказано, что суд доверяет показаниям потерпевшего и свидетеля обвинения и считает их правдивыми, он должен указать, по каким конкретно основаниям суд принял эти показания и отверг противоречащие им показания подсудимого. При этом недостаточной мотивировкой является лишь ссылка на то, что, отрицая вину, подсудимый пытается уйти от ответственности, поскольку это не может заменить содержательной оценки доказательств. Обстоятельства, признанные установленными на основе доказательств и указанные в одном и том же процессуальном акте, также не должны про-

тиворечить или взаимоисключать друг друга. Такой дефект будет, например, иметь место, если в резолютивной части приговора суда обвиняемому в разбойном нападении вменяется применение насилия, опасного *для жизни* и здоровья, хотя в описательной части приговора суд соглашается с заключением судебно-медицинского эксперта, что потерпевшему был причинен лишь легкий вред здоровью, и не приводит доказательств о том, что потерпевший каким-либо иным образом был поставлен обвиняемым в опасное для жизни состояние.

2. Направлениями оценки доказательств в комм. статье названы относимость, допустимость, достоверность и достаточность доказательств. Об относимости и допустимости доказательств см. комм. к ст. 74, 75.

Достоверность доказательств — это представление об истинности заключаемых в них сведений. Критерием истины может служить только опыт, практика. Поэтому достоверным знанием об обстоятельствах дела может считаться только такой вывод, в отношении которого не возникает, пользуясь удачным выражением англосаксонской процессуальной доктрины, *разумных сомнений*, т.е., другими словами, отсутствуют исключения из общественного практического опыта, и в первую очередь из опыта, сосредоточенного в совокупности собранных по делу доказательств. Достоверность, основанная на доказательствах, есть доказанность обстоятельств дела.

Достаточность доказательств определяется в ч. 1 комм. статьи как достаточность всей собранной по делу совокупности доказательств для разрешения уголовного дела. Однако достаточность доказательств не всегда равнозначна доказанности (достоверности установления) события преступления, виновности лица в его совершении и других обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу. Так, достаточными для прекращения уголовного дела могут быть такие доказательства, которые оставляют *сомнения* в наличии события преступления или виновности лица в его совершении. Достаточность доказательств определяется в случае вынесения не только итоговых решений по делу, но и ряда промежуточных актов. Например, для принятия постановления о возбуждении уголовного дела может быть достаточно уже такой совокупности доказательств, которая указывает на реальную *вероятность* события преступления (см. комм. к ст. 140). Сравнительное логическое толкование положений ч. 1 ст. 231, п. 2 ч. 1 ст. 227, п. 3 ч. 1 ст. 229 позволяет заключить, что для принятия судьей решения о назначении судебного заседания и рассмотрения дела в суде первой инстанции необходимо наличие в представленных материалах дела такой совокупности доказательств, которые не приводят судью в данной стадии процесса к выводу о неизбежности прекращения дела. Иначе говоря, достаточными для назначения судебного заседания являются такие доказательства, которые, *при условии подтверждения их в судебном разбирательстве,* не исключают возможности вынесения обвинительного приговора (более подробно об этом см. комм. к ст. 231).

3. Хотя в названии комм. статьи говорится о правилах оценки доказательств, фактически речь в ней идет о направлениях оценки доказательств, а также признании доказательств недопустимыми. Правила оценки доказательств изложены в ст. 17 УПК, составляя все вместе принцип свободы оценки доказательств. Это такие правила, как оценка доказательств по внутреннему убеждению; оценка на базе совокупности всех имеющихся по делу доказательств и т.д. (более подробно об этом см. в комм. к ст. 17).

4. В частях 3 и 4 комм. статьи содержится новое для нашего уголовно-процессуального законодательства правило о признании прокурором, следователем, дознава-

телем и судом недопустимыми доказательств, полученных с нарушением закона (см. об этом комм. к ст. 75).

СТАТЬЯ 89
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом.

1. О понятии ОРД см. п. 20 комм. к ст. 5.

2. Комм. статья устанавливает правило о том, что результаты ОРД *запрещены* для использования в процессе доказывания, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ. В ч. 2 ст. 11 ФЗ от 05.07.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»[1] содержится формально противоположная норма, согласно которой результаты ОРД *могут использоваться* в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Однако следует иметь в виду, что сами данные, полученные оперативно-розыскным путем, не всегда могут быть в дальнейшем «вторично» собраны в процессуальном порядке и обычно являются лишь основой для формирования других сведений, могущих быть доказательствами по уголовному делу. Исключение может быть сделано, во-первых, для *предметов*, которые при определенных условиях способны стать вещественными доказательствами после их собирания и проверки в уголовно-процессуальном порядке, и, во-вторых, для некоторых документов, полученных в результате отдельных оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ).

В соответствии со ст. 6 Закона об ОРД к числу оперативно-розыскных мероприятий относятся: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, проверочная закупка, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, оперативное внедрение, контролируемая поставка, оперативный эксперимент. Рассмотрим некоторые варианты получения доказательств при получении относящихся к уголовному делу сведений в результате указанных мероприятий.

Если такие сведения были получены посредством *негласного опроса* лиц, оказывающих на конфиденциальной основе содействие органам, осуществляющим ОРД, либо непосредственного *наблюдения* обстоятельств, имеющих значение для дела, этими лицами или оперативными сотрудниками, они могут послужить основой для получения *показаний* свидетелей либо показаний подозреваемых или обвиняемых — участников преступных групп, согласившихся оказывать содействие оперативным органам. Однако подобный способ легализации оперативно-розыскных данных име-

[1] Далее — Закон об ОРД.

ет ограниченные возможности, поскольку согласно ч. 1 ст. 12 Закона об ОРД сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, составляют государственную тайну. Предание гласности сведений о названных лицах допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами. Представленные оперативными органами материалы (рапорты, письменные сообщения и т.п.), в которых информация, полученная от подобных лиц, в целях сохранения конспирации излагается *без ссылки на первоисточник*, не могут служить доказательствами, даже если подлинность сведений удостоверяет руководитель соответствующего оперативного подразделения. Результаты наблюдения могут фиксироваться в протоколе этого ОРМ, если оно проводилось непосредственно сотрудниками оперативного органа. Такой документ не является процессуальным протоколом в смысле ст. 83 УПК и может быть в определенном порядке введен в уголовное судопроизводство в качестве *иного документа* (ст. 84). При этом он должен быть удостоверен сотрудниками, проводившими наблюдение, в нем указываются использованные при наблюдении технические средства, с описанием условий применения и технических характеристик последних.

Наведение справок, т.е. получение от органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций официальных документов (например, справок, содержащих сведения о судимости подозреваемого, об имевшемся у него оружии, о месте его проживания, состоянии здоровья), может привести к получению доказательств, подпадающих под определение «*иные документы*».

Сбор образцов для сравнительного исследования как ОРМ не следует смешивать с процессуальным действием, имеющим аналогичное наименование (ст. 202 УПК). Процессуальное получение образцов производится либо по постановлению следователя, либо (если оно является частью судебной экспертизы) экспертом. Образцы, собранные оперативно-розыскным путем, могут служить лишь для *оперативно-розыскного исследования предметов и документов* либо имеют ориентирующее значение для следователя, но сами доказательствами не являются.

Проверочная закупка проводится путем приобретения у объекта ОРД предметов и веществ, подтверждающих факт правонарушения. Ее предметом могут быть вещи как находящиеся, так ограниченные или изъятые из гражданского оборота (наркотики, оружие и т.п.). Данное действие проводится на основании оперативно-служебного постановления, утвержденного компетентным руководителем органа, осуществляющего ОРД. В результате проверочной закупки получают предметы и вещества, которые могут стать вещественными доказательствами при условии их *осмотра* органом дознания или следователем и приобщения к материалам уголовного дела путем вынесения специального процессуального постановления (ч. 2 ст. 81 УПК). Кроме того, в процессе проведения закупки может производиться негласная аудио- и видеозапись, которая после осмотра (который сводится к прослушиванию и отражению в протоколе осмотра ее содержания) приобщается к делу в качестве вещественного доказательства. Для введения таких вещественных доказательств в процесс необходимо также зафиксировать происхождение соответствующих вещей и обстоятельства их обнаружения. Это может осуществляться посредством допроса лиц, обнаруживших соответствующие вещи либо представивших их добровольно. Иногда на практике в этих целях составляется документ, именуемый как «акт (протокол) добровольной

выдачи». Следует, однако, иметь в виду, что уголовно-процессуальный закон не знает такого вида доказательства, которое чаще всего фактически является не *иным документом*, как может показаться на первый взгляд, а суррогатом протокола выемки, производимой к тому же до возбуждения уголовного дела, без вынесения соответствующего постановления и потому незаконной. Все следственные действия по закреплению указанных предметов в качестве доказательств (освидетельствование, назначение экспертизы) должны проводиться только после возбуждения уголовного дела, за исключением осмотра места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК) *(*см. об этом комм. к ст. 146). Если уголовное дело на момент проведения проверочной закупки еще не возбуждено, производство выемки или обыска как завершающего этапа проверочной закупки неправомерно. Необходимо также учитывать, что в силу прямого указания ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД при проведении ОРМ изъятие предметов и материалов разрешается только в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности.

Сказанное справедливо и для введения в уголовный процесс в качестве доказательств предметов, полученных при проведении таких ОРМ, как *оперативный эксперимент, оперативное внедрение* и *контролируемая поставка*.

Прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Оно имеет своей целью получение звукозаписи (фонограммы), которая в определенном порядке может быть представлена следователю, прокурору и суду и может быть признана *вещественным доказательством* по делу. Вместе с тем следует иметь в виду, что это вещественное доказательство особого рода — производное от устных переговоров, записанных на пленку. Поэтому в силу принципа непосредственности исследования доказательств и для проверки обстоятельств получения звукозаписи необходимо получить также показания хотя бы одного из лиц, участвовавших в телефонных переговорах, если этот источник достижим. Для проверки звукозаписи может быть проведена фоноскопическая (фонографическая) экспертиза.

3. Материалы, полученные в результате оперативно-розыскной звуко-, видеозаписи, фотосъемки и введенные в уголовный процесс, на наш взгляд, всегда являются *вещественными доказательствами*. Это относится как к отображениям предметов, которые сами могли бы стать вещественными доказательствами, но не могут быть введены в процесс, например, по соображениям сохранения конспирации выполнивших их негласных оперативных сотрудников: фотографии накладных и другой бухгалтерской документации, видеозапись орудий, приготовленных для совершения преступления, так и к аудио-, видеозаписям и фотографиям, которыми документировался факт каких-либо действий и событий (проверочной закупки и т.д.). В отличие от иных документов, такие материалы *незаменимы*, поскольку не только несут в себе информацию о непосредственно записанном на пленке или изображенном на фотографии, но и теснейшим образом связаны также с обстоятельствами их получения, которые имеют значение доказательственных фактов (см. об этом комм. к ст. 81). Как и любое другое вещественное доказательство, эти материалы должны быть осмотрены (включая прослушивание и фиксацию их содержания в протоколе следственного действия), при необходимости проверены посредством судебной экспертизы и, в случае признания вещественными доказательствами, приобщены к делу особым постановлением.

4. Важное значение имеет вопрос, могут ли нарушения правового режима собирания оперативно-розыскных данных, установленные Законом об ОРД, повлечь за собой недопустимость сформированных на их основе доказательств. В ст. 75 УПК недопустимость связывается лишь с нарушениями самого Кодекса, поэтому при буквальном толковании указанной статьи нарушения оперативно-розыскного закона в расчет как бы не принимаются. Однако такой подход противоречил бы ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, в которой недопустимость доказательств ставится в зависимость от нарушения при их получении любого федерального закона, в т.ч., очевидно, и Закона об ОРД (см. об этом комм. к ст. 75). Поэтому доказательства, полученные в результате ОРМ, проведенных с существенными нарушениями названного Закона, должны признаваться недопустимыми. Иное создавало бы возможность, формально не нарушая уголовно-процессуальных норм, в обход них вовлекать в орбиту уголовного судопроизводства предметы и сведения, добытые в нарушение конституционных прав личности.

Условием допустимости полученных в результате ОРМ доказательств является соблюдение в первую очередь следующих требований Закона об ОРД:

— в ходе проведения ОРМ могут использоваться только такие технические и иные средства, которые не наносят ущерб жизни и здоровью людей и не причиняют вред окружающей среде (ч. 3 ст. 6);

— запрещается проведение ОРМ и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то Законом об ОРД (ч. 6 ст. 6);

— проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается лишь на основании *судебного решения* и при наличии информации: а) о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно, б) о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно, в) о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности, допускается проведение указанных ОРМ на основании *мотивированного постановления* одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого ОРМ либо прекратить его проведение (ч. 2 ст. 8);

— проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании *постановления*, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД (ч. 7 ст. 8);

— проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия *тяжкого преступления*, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших (ч. 8 ст. 8);

— при проведении ОРМ по основаниям, предусмотренным п. 1—4 и 6 ч. 2 ст. 7 Закона об ОРД (в частности, при наличии признаков противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела), запрещается проводить: обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи (ч. 9 ст. 8);

— предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12);

— изъятие предметов, материалов и сообщений, а также прерывание предоставления услуг связи при проведении ОРМ допускается лишь в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности (п. 1 ч. 1 ст. 15).

Представляется, что нарушение названных условий делает недопустимыми все полученные в результате ОРМ доказательства. Так, например, вторжение сотрудников оперативного подразделения в жилище против воли проживающих в нем лиц без судебного разрешения или (в неотложных случаях) без последующего уведомления суда при проведении проверочной закупки или оперативного эксперимента с целью изъятия наркотиков лишает доказательственной силы полученные таким путем вещественные доказательства, показания свидетелей-очевидцев подобного изъятия, сделанную при этом видеозапись, заключение эксперта и т.д.

Недопустимы *провоцирующие действия* сотрудников оперативных служб и лиц, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, подталкивающие лицо к совершению преступления (например, уговоры приобрести наркотик для лица, привлеченного сотрудниками милиции к участию в оперативном эксперименте, обещание «угостить» наркозависимое лицо приобретенным таким образом наркотиком; навязывание взятки должностному лицу). Подобные действия игнорируют задачу предупреждения и пресечения преступлений (ст. 2 Закона об ОРД), подменяя ее незаконным (а иногда даже уголовно противоправным) склонением к совершению преступления, поэтому полученные в результате такого рода акций данные не могут служить доказательствами по делу.

5. Согласно действующим подзаконным нормативно-правовым актам представление оперативными подразделениями результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, и означает передачу в установленном законодательством РФ и ведомственными нормативными актами порядке конкретных оперативно-служебных документов, которые после определения их относимости и допустимости для уголовного судопроизводства могут быть приобщены к уголовному делу.

Перечень руководителей (должностных лиц) органов, осуществляющих ОРД, имеющих право выносить постановления о представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд, соответствует перечню должностных лиц, имеющих право подписи постановлений и утверждения заданий на проведение оперативно-технических мероприятий. Перечень указанных лиц может дополняться ведомственными нормативными правовыми актами.

При подготовке материалов необходимо учитывать, что сведения об используемых или использованных при проведении негласных ОРМ силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах ОРД, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках и о лицах, оказывающих (оказывавших) им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и тактике проведения ОРМ составляют государственную тайну.

Перед представлением материалов эти сведения либо подлежат рассекречиванию на основании мотивированного постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, либо представляются в соответствии со ст.16 Закона РФ «О государственной тайне».

Постановление о рассекречивании утверждается руководителем, имеющим на то соответствующие полномочия.

Представление результатов ОРД включает в себя:

— вынесение руководителем органа, осуществляющего ОРД, постановления о представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд;

— вынесение при необходимости постановления о рассекречивании отдельных оперативно-служебных документов, содержащих государственную тайну;

— оформление сопроводительных документов и фактическую передачу материалов (пересылка по почте, передача с нарочным и т.п.).

В каждом конкретном случае возможность представления результатов ОРД, содержащих сведения об организации и тактике проведения ОРМ, используемых технических средствах, штатных негласных сотрудниках оперативно-технических и оперативно-поисковых подразделений, должна в обязательном порядке согласовываться с исполнителями соответствующих мероприятий.

Постановление о представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд состоит из трех частей: вводной, описательной и резолютивной. Вводная часть содержит наименование документа, место и время его вынесения, фамилию, имя, отчество, должность и звание (воинское, специальное) руководителя органа, осуществляющего ОРД, а также основания вынесения данного постановления. В описательной части постановления указывается, в результате какого ОРМ получены материалы и какие именно, для каких целей они представляются (использования в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела, подготовки и осуществления следственных и судебных действий, использования в доказывании по уголовным делам), когда и кем санкционировалось конкретное ОРМ, наличие судебного решения на его проведение. Описательная часть постановления заканчивается ссылкой на соответствующую часть ст. 11 и ч. 4 ст. 12 Закона об ОРД. В резолютивной части постановления формулируется решение руководителя органа о направлении оперативно-служебных документов, отражающих результаты ОРД. Здесь же подробно перечисляются подлежащие направлению конкретные документы. В случае необходимости одновременно с постановлением готовится план мероприятий по защите сведений об органах, осуществляющих ОРД, и безопасности ее непосредственных

участников. Постановление о представлении результатов ОРД подготавливается в одном экземпляре, подписывается руководителем органа и приобщается к материалам дела оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела.

Результаты ОРД могут представляться в виде обобщенного официального сообщения (справки-меморандума) или в виде подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

Степень секретности представляемых материалов, виды приложений и способ передачи определяются в соответствии с правилами ведения секретного делопроизводства в каждом конкретном случае отдельно, в т.ч. в зависимости от существа полученного запроса (поручения) и наличия сведений, подлежащих засекречиванию.

Представляемые материалы должна сопровождать информация о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе ОРД предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков, должно быть приведено описание индивидуальных признаков указанных предметов и документов. Допускается представление материалов в копиях, в т.ч. с переносом наиболее важных моментов (разговоров, сюжетов) на единый носитель, что обязательно оговаривается в сопроводительных документах (протоколах). Тип носителя определяется инициатором ОРМ.

Оригиналы материалов в этом случае хранятся в оперативном подразделении до завершения судебного разбирательства и вступления приговора в законную силу.

При подготовке и оформлении для передачи органу дознания, следователю, прокурору или в суд результатов ОРД должны быть приняты необходимые защитные меры по сохранности и целостности представляемых материалов при пересылке их в адрес (защита от деформации, размагничивания, обесцвечивания, стирания и т.п.).

В случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии сведений об угрозе государственной, военной, экономической и экологической безопасности, результаты ОРД представляются органу дознания, следователю, прокурору или в суд незамедлительно. При этом оперативное подразделение обязано принять меры к предотвращению или пресечению преступления, а равно к закреплению следов преступления.

СТАТЬЯ 90
ПРЕЮДИЦИЯ

Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда. При этом такой приговор не может предрешать виновность лиц, не участвовавших ранее в рассматриваемом уголовном деле.

1. Преюдицией (от *лат.* praejudicio — предрешение) в теории судопроизводства считается обязанность органов предварительного расследования и суда, в чьем производстве находится дело, принять как установленные, *без проверки и рассмотрения доказательств,* обстоятельства, признанные вступившим в законную силу судебным решением по другому делу. Фактически в комм. статье предусмотрена не преюдиция, а опровержимая *презумпция истинности* вступившего в законную силу приговора по другому делу. Если обстоятельства, установленные предшествующим приговором, противоречат обстоятельствам, установленным доказательствам, исследованным по

новому делу, находящемуся в производстве суда, они не принимаются им за установленные факты, а подлежат проверке. Суд вправе признать установленными только те обстоятельства, которые соответствуют его внутреннему убеждению. Это положение основывается на принципе независимости суда, который в вопросах, требующих при разрешении дела внутреннего убеждения, подчиняется не решениям других судов, а только закону. Вместе с тем по содержанию комм. статьи право на сомнения в истинности ранее постановленного приговора имеется только у суда, но не у прокурора, следователя и дознавателя, для которых вступивший в законную силу приговор по другому делу во всяком случае обязателен, т.е. имеет характер *преюдициального решения*. Так, при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению они обязаны прекратить уголовное преследование лица (п. 4 ч. 1 ст. 27).

2. Если в приговоре, состоявшемся по первому уголовному делу, были сделаны выводы, предрешающие виновность лиц, не участвовавших в его рассмотрении (например, говорилось о совершении подсудимым преступления в соучастии с неустановленными органами предварительного расследования лицами), то суд, рассматривающий дело уже в отношении этих лиц, не вправе признавать их виновными на основании ранее состоявшегося приговора, даже если он не вызывает у него сомнений. Он должен исследовать доказательства виновности указанных лиц, представленные обвинением в данном уголовном деле. В противном случае оставалось бы нереализованным право каждого на защиту по уголовному делу. Однако возможны ситуации, когда ранее вынесенный приговор фактически предрешает виновность лица, участвовавшего при рассмотрении дела, например, в качестве свидетеля, показания которого были отвергнуты судом как заведомо ложные. Тогда по смыслу комм. статьи подобный приговор может иметь преюдициальное значение по рассматриваемому впоследствии делу, что существенно ограничивает возможности обвиняемого по осуществлению права на защиту. Представляется, что в целях обеспечения этого конституционного права названное положение комм. статьи следует толковать расширительно, включая в число лиц, виновность которых не может предрешаться ранее состоявшимся приговором, не только тех, кто не участвовал в рассмотрении первого дела, но и тех, кто участвовал в нем, но не в качестве обвиняемого.

3. В УПК РСФСР 1960 г. содержалось положение, согласно которому вступившее в законную силу решение, определение или постановление суда по гражданскому делу было обязательно для суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, при производстве по уголовному делу по вопросам, имело ли место событие или действие (ст. 28). В УПК РФ данная норма не вошла, т.е. решения судов по гражданским делам не имеют для уголовных судов преюдициального значения, так же как не создают и презумпции истинности решения по гражданскому делу.

4. Комм. норма не дает ответа на вопрос, каким образом следует разрешать коллизию двух противоречащих друг другу судебных решений, если обстоятельства, установленные более ранним приговором, не были признаны судом в более позднем производстве. Не может считаться нормальным положение, когда два противоположных судебных решения имеют одинаковую законную силу. Представляется, что один из таких приговоров должен быть отменен в апелляционном, кассационном (если более поздний приговор не успел вступить в законную силу) или надзорном порядке по представлению прокурора (с учетом ограничений, предусмотренных правилом о недопустимости поворота к худшему — ч. 2 ст. 385 и ст. 405 УПК).

РАЗДЕЛ IV. МЕРЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

ГЛАВА 12. ЗАДЕРЖАНИЕ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

СТАТЬЯ 91
ОСНОВАНИЯ ЗАДЕРЖАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

1. Орган дознания, дознаватель, следователь или прокурор вправе задержать лицо по подозрению в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы, при наличии одного из следующих оснований:

1) когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения;

2) когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление;

3) когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления.

2. При наличии иных данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, оно может быть задержано, если это лицо пыталось скрыться, либо не имеет постоянного места жительства, либо не установлена его личность, либо если прокурором, а также следователем или дознавателем с согласия прокурора в суд направлено ходатайство об избрании в отношении указанного лица меры пресечения в виде заключения под стражу.

1. Задержание подозреваемого — это мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем или прокурором на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления (п. 11 ст. 5). Сущность задержания состоит в кратковременном содержании лица под стражей без предварительного разрешения прокурора или суда. При этом задержание делится на две разновидности: задержание подозреваемого и задержание обвиняемого (о задержании обвиняемого см. п. 10 комм. к рассматриваемой статье).

УПК (в ред. от 08.12.2003 г.) предусматривает возможность задержания осужденного, злостно уклоняющегося от исполнения уголовного наказания, не связанного с лишением свободы, до рассмотрения вопроса о замене данного вида наказания более строгим (п. 18 ст. 397). Срок такого задержания определяется судом до 30 суток. Длительный срок действия этой меры принуждения и предварительное решение суда приравнивают ее к применению меры пресечения в виде содержания под стражей в целях обеспечения исполнения приговора. Для обеспечения 30-суточного заключения ОВД вправе задержать осужденного на срок до 48 часов, однако это задержание регламентируется *УИК* (ч. 2 ст. 30; ч. 4 ст. 32).

Уголовно-процессуальное задержание следует отличать от фактического задержания, административного задержания (ст. 27.3—27.6 *КоАП*), задержания осужденного на срок до 30 дней в случае уклонения его от исполнения наказания (ст. 30, 32, 46, 58, 97 *УИК*). Вне уголовно-процессуальной деятельности происходит задержание

граждан, нарушивших правила комендантского часа, на территории действия чрезвычайного положения (ст. 31 ФКЗ от 30.05.2001 г. «О чрезвычайном положении»).

В отличие от заключения под стражу, задержание является *неотложным*, *кратковременным* содержанием под стражей, имеет особые основания, цели, процедуру применения, всегда предшествует возможному заключению под стражу.

2. Задержание всегда является неотложной мерой процессуального принуждения (о понятии «неотложная ситуация» см. комм. к ст. 157). В связи с неотложным характером задержание производится без санкции прокурора или судебного решения. Нельзя дважды задержать подозреваемого в совершении одного и того же преступления, т.к. после первого задержания неотложность ситуации расследования утрачивается. Не допускается и повторное задержание обвиняемого по тому же самому ходатайству об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

3. Задержание может быть осуществлено следователем, прокурором, органом дознания и дознавателем. При этом решение дознавателя о задержании и составленный им протокол задержания не требуют утверждения начальником органа дознания. (см. комм. к п. 17 ст. 5, ст. 41).

4. Целями задержания подозреваемого являются определение: 1) причастности лица к совершению преступления; 2) необходимости в заключении под стражу и обеспечение этой меры пресечения. Если эти обстоятельства уже выяснены, то задержание невозможно. Не допускается задержание для получения признательных показаний подозреваемого.

5. Задержание допускается по преступлениям, предусматривающим наказание в виде лишение свободы, как правило, более 2 лет. Следовательно, задержание возможно только при наличии постановления о возбуждении уголовного дела. Особый порядок задержания распространяется на лиц, обладающих служебным иммунитетом (ст. 449).

6. Комм. статья предусматривает четыре основания для задержания.

Пункт 1 ч. 1 ст. 91 УПК предусматривает фактическое задержание (захват) при пресечении преступления (а также приготовлении, покушении), на месте совершения преступления или в результате преследования лица сразу после совершения преступления. Если подозреваемый скрылся, то его задержание возможно по другим основаниям. Фактическое задержание могут произвести любые лица (потерпевший, очевидцы, сотрудники милиции). При этом участвовавшие в фактическом задержании следователь, дознаватель, прокурор подлежат отводу как будущие свидетели (ч.1 ст. 61), если фактическое задержание проводилось до возбуждения уголовного дела и отсутствовали другие очевидцы преступления.

Фактическое задержание не всегда завершается уголовно-процессуальным задержанием.

7. Вторым основанием задержания является указание потерпевших или очевидцев. Указание потерпевших или очевидцев должно быть прямым и непосредственным доказательством совершения преступления этим подозреваемым. Потерпевшие или иные лица должны лично наблюдать совершение преступления (или приготовление, покушение). Не могут служить данным основанием задержания указания свидетелей, если они: предполагают о совершении преступления этим лицом (на основе догадок, умозаключений); говорят с чужих слов или не могут указать источника своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75).

Для задержания по этому основанию может быть достаточно указания и одного очевидца. Показания других подозреваемых и обвиняемых о своих сообщниках принято относить к другим основаниям задержания.

8. Явные следы преступления на самом лице или его одежде, при нем или в его жилище (по месту работы, в гараже, на даче) представляют собой косвенные, но веские доказательства причастности лица к совершению преступления. Явные следы не требуют специальных познаний для их выявления, они очевидны. Такими следами могут быть наличие телесных повреждений, вещественных доказательств (например, орудий и предметов преступления, следов крови).

9. Четвертым основанием задержания являются иные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления. Эти данные — менее веские улики (сходство внешности подозреваемого с описанием преступника, явка с повинной, показания лиц, не являющихся очевидцами, и т.д.).

По данному основанию задержание возможно при наличии одного из четырех дополнительных условий:

1) если это лицо пыталось скрыться (оказано сопротивление при фактическом задержании, покушение на побег, приготовление к отъезду);

2) если это лицо не имеет постоянного места жительства. С учетом редакции п. 1 ч. 1 ст. 108 должно отсутствовать постоянное место жительства на территории РФ. Факт регистрации (прописки) по месту жительства является одним из доказательств наличия постоянного места жительства и необязателен для следователя, прокурора, дознавателя, а местом жительства является помещение, в котором гражданин проживает на законных основаниях (ст. 2 ФЗ «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации») (о понятии «место жительства» см. комм. к ст. 102*)*;

3) не установлена личность подозреваемого (сомнение в личности лица не может быть устранено до составления протокола задержания, в т.ч. отсутствуют или имеют признаки подделки документы, удостоверяющие личность);

4) если в суд направлено ходатайство об избрании в отношении данного лица меры пресечения в виде заключения под стражу. По этому условию задержание применяется для обеспечения явки подозреваемого и обвиняемого в суд для рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Согласно ч. 3 ст. 210 находящийся в розыске обвиняемый может быть задержан в порядке, установленном по аналогии с институтом задержания подозреваемого, для решения вопроса о мере пресечения.

10. Задержание обвиняемого — это неотложная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит в кратковременном содержании под стражей обвиняемого в целях незамедлительного доставления его в суд для рассмотрения ходатайства органов уголовного преследования об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Формирование института задержания обвиняемого связано с недопущением избрания заключения под стражу в отсутствие обвиняемого (ч. 4—5 ст. 108).

Задержание обвиняемого имеет особые основания, цели, мотивы и условия. Основанием для него является необходимость рассмотрения в суде обоснованного ходатайства следователя об избрании в отношении разыскиваемого обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу. Цель состоит в незамедлительном достав-

лении обвиняемого в суд для рассмотрения указанного ходатайства. В качестве мотива выступает опасение, что обвиняемый уклонится от явки в судебное заседание. Условием служит вынесение обоснованного постановления о привлечении в качестве обвиняемого (а в исключительных случаях — обвинительного акта, т.к. при производстве дознания по общему правилу заключение под стражу не применяется).

11. Представляется, что фактические основания для задержания должны быть установлены с помощью уголовно-процессуальных доказательств. Это протоколы следственных действий (допросов субъектов фактического захвата; предъявления для опознания потерпевшему или очевидцам, осмотра, освидетельствования, обыска или выемки «явных следов» преступления). Реже задержание основывается на одних иных документах: рапортах, объяснениях, заявлениях о явке с повинной. Не исключена возможность указания непосредственно в протоколе задержания фактических оснований задержания (о доказательственном значении протокола задержания см. комм. к ст. 92).

Условия задержания по четвертому основанию — иным данным могут быть установлены и без производства следственных действий. Некоторые из них (неустановленность личности) могут презюмироваться.

СТАТЬЯ 92
ПОРЯДОК ЗАДЕРЖАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

1. После доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору в срок не более 3 часов должен быть составлен протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены права, предусмотренные статьей 46 настоящего Кодекса.

2. В протоколе указываются дата и время составления протокола, дата, время, место, основания и мотивы задержания подозреваемого, результаты его личного обыска и другие обстоятельства его задержания. Протокол задержания подписывается лицом, его составившим, и подозреваемым.

3. О произведенном задержании орган дознания, дознаватель или следователь обязан сообщить прокурору в письменном виде в течение 12 часов с момента задержания подозреваемого.

4. Подозреваемый должен быть допрошен в соответствии с требованиями части второй статьи 46, статей 189 и 190 настоящего Кодекса. До начала допроса подозреваемому по его просьбе обеспечивается свидание с защитником наедине и конфиденциально. В случае необходимости производства процессуальных действий с участием подозреваемого продолжительность свидания свыше 2 часов может быть ограничена дознавателем, следователем, прокурором с обязательным предварительным уведомлением об этом подозреваемого и его защитника. В любом случае продолжительность свидания не может быть менее 2 часов.

1. Порядок задержания подозреваемого различается в зависимости от того, произведено фактическое задержание до или после возбуждения уголовного дела.

2. Фактическое задержание производится после возбуждения уголовного дела по постановлению следователя (п. 4 ч. 2 ст. 38) и является частью уголовно-процессуального задержания.

Срок задержания исчисляется с момента фактического задержания (ч. 3 ст. 128), при этом, в отличие от ст. 103 УПК РСФСР, тот час, которым начинается течение срока, учитывается (см. комм. к ст. 128). Поэтому в срок задержания включаются и минуты.

С момента фактического задержания к участию в деле допускается защитник (п. 3 ч. 3 ст. 49). В течение 3 часов после доставления задержанного должен быть составлен протокол задержания. Не позднее 12 часов с момента фактического задержания уведомляется прокурор.

3. Фактическое задержание производится до возбуждения уголовного дела в силу внезапности возникновения оснований задержания. В этом случае уголовно-процессуальные правоотношения возникают с момента доставления задержанного. После доставления появляется повод к возбуждению уголовного дела (рапорт, заявление). Уголовно-процессуальное задержание производится только после возбуждения уголовного дела. Решение о возбуждении дела принимается одновременно с решением о задержании, но может быть оформлено позже.

При фактическом задержании до возбуждения дела ряд норм УПК требует ограничительного толкования. Согласно п. 15 ст. 5 «момент фактического задержания — момент фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, *производимого в порядке, установленном настоящим Кодексом*». В связи с этим фактическим задержанием следует считать (ограничительно) тот момент, когда задержанный был передан органам уголовного преследования (следователю, прокурору, органу дознания), что может совпасть с моментом доставления. Захват лица частными лицами (очевидцами, потерпевшим) не является моментом фактического *задержания*. Частные лица не обязаны обеспечить допуск защитника к захваченному лицу, они могут допустить промедление с доставлением захваченного в милицию (вплоть до незаконного лишения свободы). Лишь с момента передачи захваченного правоохранительным органам появляется возможность допуска защитника, и с него следовало бы, на наш взгляд, исчислять срок задержания.

В то же время нельзя считать моментом фактического задержания момент принятия решения о задержании[1]. Это противоречит официальному толкованию Конституции РФ и международно-правовых актов, данному Конституционным Судом РФ[2].

4. Буквальное толкование содержания ст. 146 и 91, 92 приводит к выводу, что в течение 3 часов с момента доставления задержанного следователь или дознаватель должен получить согласие прокурора на возбуждение уголовного дела (подпись прокурора на постановлении о возбуждении дела — приложение 13 к ст. 476 УПК). За этот же срок следователь должен собрать достаточные данные для возбуждения дела и для задержания. Однако такое толкование объективно противоречит неотложному характеру задержания (задержание всегда производится без предварительного разрешения). Дача согласия прокурором на возбуждение дела уже после фактического задержания по существу будет означать и его согласие на процессуальное задержание, поэтому правило об уведомлении прокурора о задержании не позднее 12 часов с момента задержания (ч. 3 ст. 92) теряет смысл.

Выходом из данной ситуации может быть ограничительное толкование содержания ст. 146. Уголовное дело следует считать возбужденным после вынесения поста-

---

[1] См. Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В.В. Мозякова. М., 2002. С. 28, 224.

[2] См. Постановление КС РФ от 27.06.2000 г. № 11-П.

новления следователем или дознавателем. Согласие прокурора на возбуждение дела можно получить уже при его уведомлении о задержании (в течение 12 часов) или даже после этого. Так, при возбуждении дела капитаном судна, находящимся в дальнем плавании, прокурор лишь уведомляется о начатом расследовании. Постановление о возбуждении дела и материалы передаются прокурору при появлении для этого реальной возможности (ч. 4 ст. 146), т.е. после возбуждения дела и процессуального задержания (подробнее об этом см. комм. к ст. 146).

5. Протокол задержания является основанием для помещения подозреваемого под стражу (ст. 5 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

6. Протокол задержания должен соответствовать требованиям ст. 166 УПК. Задержание не является следственным действием, и его протокол не назван в числе доказательств (ст. 83). Однако процессуальный закон не исключает его доказательственного значения в части: места и времени задержания, объяснений задержанного и объяснений очевидцев, если они указаны в протоколе. Согласно ст. 285 УПК протокол задержания может быть оглашен в судебном следствии.

7. Мотивами задержания признаются основания для применения мер пресечения (ст. 97). Мотивами задержания являются опасения, что лицо, подозреваемое в совершении преступления, может воспрепятствовать производству по делу: скрыться, продолжить преступную деятельность или помешать установлению истины (угрожать свидетелю, иным участникам процесса, уничтожить доказательства). Эти опасения могут возникнуть не обязательно на основе доказательств, но и на основе непроцессуальной информации или даже ее отсутствии. По существу, действует презумпция наличия мотивов задержания, пока она не опровергнута. Это следствие неотложного характера задержания.

В силу прямого указания комм. статьи мотивы задержания должны быть указаны в его протоколе, несмотря на то, что официальный бланк такой графы не содержит (приложение 28 к ст. 476 УПК).

8. При решении вопроса о задержании следует учитывать тяжесть подозрения, данные о личности подозреваемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства (ст. 99). Применение задержания, как и избрание меры пресечения в виде заключения под стражу должны носить исключительный характер (когда другие средства не могут обеспечить надлежащее поведение подозреваемого).

9. К другим обстоятельствам задержания, которые целесообразно отразить в протоколе, относятся состояние задержанного (опьянение, наличие травм, состояние одежды, присутствовавшие при задержании лица и т.д.).

10. Копия протокола задержания вручается подозреваемому (п. 1 ч. 4 ст. 46).

11. Не позднее 24 часов с момента фактического задержания подозреваемому должна быть предоставлена возможность дать показания в присутствии защитника, если он добровольно от него не отказался (ч. 2 ст. 46 УПК). Это соответствует Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. Резолюцией № 43/173 Генеральной Ассамблеей ООН от 09.12.88 г.: «Лицо не может находиться в задержании без предоставления эффективной возможности быть в срочном порядке заслушанным судебным или иным органом» (принцип 11). То есть допрос должен быть проведен немедленно после задержа-

ния — так скоро, как это представится возможным. При отказе подозреваемого от дачи показаний должен быть составлен протокол допроса, как фиксирующий факт предоставления ему возможности дать показания.

12. Подозреваемый до начала допроса имеет право на свидание с защитником продолжительностью не менее 2 часов. Ограничение продолжительности свидания должно быть обосновано необходимостью производства процессуальных действий с участием подозреваемого в силу неотложной ситуации (о ней см. комм. к ст. 157). Это могут быть такие следственные действия, в которых физическое тело подозреваемого выступает «объектом» исследования (предъявление его для опознания, его освидетельствование, получение образцов для сравнительного исследования). Не допускается ограничение продолжительности свидания для производства тех следственных действий, которые основаны на показаниях подозреваемого (его допрос, проверка его показаний на месте, предъявление для опознания потерпевшего, когда опознающим является сам подозреваемый). Это объясняется правом подозреваемого отказаться от дачи показаний, в т.ч. для того, чтобы завершить свидание с защитником.

Решение следователя, дознавателя об ограничении продолжительности свидания целесообразно оформлять отдельным постановлением.

СТАТЬЯ 93
ЛИЧНЫЙ ОБЫСК ПОДОЗРЕВАЕМОГО

Подозреваемый может быть подвергнут личному обыску в порядке, установленном статьей 184 настоящего Кодекса.

1. Личный обыск подозреваемого производится по общим правилам производства обыска (см. комм. к ст. 182, 184).

Личный обыск следует отличать от производимых в административном порядке наружного досмотра и личного досмотра. Наружный досмотр производится перед доставлением для обеспечения безопасности конвоирующих путем обнаружения и изъятия оружия, участие понятых не требуется, оформляется рапортом[1]. Личный досмотр производится в связи с административным правонарушением и регламентируется ст. 27.7 *КоАП*.

2. Перед помещением подозреваемого под стражу (в изолятор временного содержания — ИВС) подозреваемый подвергается личному обыску не только для обнаружения имеющих значение для дела предметов, но и для обеспечения режима содержания под стражей в соответствии с Правилами внутреннего распорядка в местах содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений (ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»). При личном обыске у подозреваемого изымаются предметы, вещества и продукты питания, запрещенные к хранению и использованию в камерах либо не принадлежащие данному лицу.

3. Личный обыск подозреваемого при задержании производится без судебного разрешения и без вынесения постановления об обыске.

---

[1] См. п. 148 Устава патрульно-постовой службы милиции общественной безопасности, утв. приказом МВД РФ от 18.01.93 г. № 17.

4. Ход и результаты личного обыска подозреваемого фиксируются в протоколе задержания (ч. 2 ст. 92 УПК). При этом может быть составлен и отдельный протокол по общим правилам личного обыска (например, при повторном обыске).

5. Согласно п. «ж» ст. 9 ФЗ от 25.07.98 г. «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации», подозреваемые и обвиняемые подлежат обязательному дактилоскопированию.

СТАТЬЯ 94
ОСНОВАНИЯ ОСВОБОЖДЕНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

1. Подозреваемый подлежит освобождению по постановлению дознавателя, следователя или прокурора, если:

1) не подтвердилось подозрение в совершении преступления;

2) отсутствуют основания применения к нему меры пресечения в виде заключения под стражу;

3) задержание было произведено с нарушением требований статьи 91 настоящего Кодекса.

2. По истечении 48 часов с момента задержания подозреваемый подлежит освобождению, если в отношении его не была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу либо суд не продлил срок задержания в порядке, установленном пунктом 3 части седьмой статьи 108 настоящего Кодекса.

3. Если постановление судьи о применении к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо продлении срока задержания не поступит в течение 48 часов с момента задержания, то подозреваемый немедленно освобождается, о чем начальник места содержания подозреваемого уведомляет орган дознания или следователя, в производстве которого находится уголовное дело, и прокурора.

4. Если имеется определение или постановление суда об отказе в удовлетворении ходатайства дознавателя, следователя, прокурора об избрании в отношении подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу, то копия этого определения или постановления выдается подозреваемому при его освобождении.

5. При освобождении подозреваемого из-под стражи ему выдается справка, в которой указываются, кем он был задержан, дата, время, место и основания задержания, дата, время и основания освобождения.

1. Решение об освобождении подозреваемого оформляется мотивированным постановлением, бланк которого предусмотрен приложением 39 к ст. 476 УПК.

2. Основания освобождения задержанного тесно связаны с целями задержания.

3. При неподтверждении подозрения в совершении преступления должно быть прекращено уголовное преследование подозреваемого (ч. 1 ст. 27). За ним признается право на реабилитацию (ст. 133). В дальнейшем производстве по делу такой освобожденный от задержания обычно становится свидетелем.

4. При отсутствии оснований применения к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу подозрение не снимается. Обычно оно перерастает в обвинение (выносится постановление о привлечении в качестве обвиняемого и из-

бирается иная мера пресечения, например, подписка о невыезде). Мера пресечения может быть применена и в отношении подозреваемого (ст. 100). Законом не исключается ситуация, когда освобожденный от задержания по этому основанию не становится обвиняемым, и в отношении него вместо меры пресечения отбирается обязательство о явке (ст. 112). Тогда возникает проблема его процессуального статуса: формально он уже не подпадает под понятие «подозреваемый», предусмотренное ст. 46. Представляется, что такое лицо не может быть свидетелем по делу. Оно должно сохранять права подозреваемого, поскольку подозрение подтвердилось. На практике такая проблема не возникает в силу существования правового обычая: применения меры пресечения в отношении каждого освобожденного подозреваемого в связи с отсутствием необходимости заключения под стражу.

5. Нарушение требований ст. 91 УПК означает незаконность задержания (отсутствие оснований, условий. Например, грубая ошибка в квалификации, завышающая тяжесть преступления). За незаконное задержание следователь, дознаватель, прокурор подлежит ответственности, вплоть до уголовной (ст. 301 *УК*). Процессуальным последствием незаконности задержания является признание юридически ничтожными результатов незаконных процессуальных действий. Данное основание применяется, как правило, контролирующими органами. Освобожденное в связи с незаконностью задержания лицо имеет право на возмещение ущерба, причиненного незаконным задержанием (ст. 53 Конституции РФ), однако оно сохраняет статус подозреваемого, пока его уголовное преследование не прекращено.

6. Истечение срока задержания является основанием освобождения подозреваемого. По этому основанию освобождать задержанного должен начальник места содержания под стражей своим постановлением (ст. 50 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»). Суд, прокурор, следователь, орган дознания также обязаны немедленно освободить всякого незаконно задержанного (ч. 2 ст. 10 УПК).

7. До судебного решения никто не может быть подвергнут задержанию на срок более 48 часов с момента фактического задержания (ч. 2 ст. 22 Конституции РФ, ч. 1 ст. 10 УПК). Однако реальное выполнение этого правила затруднено при задержании подозреваемого такими органами дознания, как капитанами морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководителями геологоразведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения обычных органов дознания, главами дипломатических представительств по соответствующим категориям дел (ч. 3 ст. 40 УПК). Так, капитан морского судна вправе задержать подозреваемого до передачи его компетентным органам в первом порту РФ, в который зайдет судно, или направить туда подозреваемого вместе с материалами дознания на другом российском судне (ст. 69 Кодекса торгового мореплавания РФ от 30.04.99 г.). В связи с этим кратковременность задержания обеспечивается не только установлением его минимальных сроков, сколько доставлением задержанного в суд так быстро, как это практически возможно. Международные акты оперируют такими терминами, как «в срочном порядке», «в разумный срок», «безотлагательно» (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

8. Срок задержания подозреваемого или обвиняемого может быть продлен судом на 72 часа в порядке, предусмотренном п. 3 ч. 7 ст. 108 УПК. Суммарный срок задержания может составить почти 120 часов (5 суток).

Не позднее 8 часов до истечения 48-часового срока задержания орган уголовного преследования направляет в суд свое ходатайство о применении к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу и подтверждающие материалы. В результате рассмотрения ходатайства суд может отложить принятие окончательного решения для того, чтобы органы уголовного преследования представили дополнительные доказательства обоснованности требуемой ими меры пресечения, а сторона защиты — ее необоснованности. Это исключение может возникнуть тогда, когда в силу каких-либо экстраординарных обстоятельств органы уголовного преследования не успели собрать доказательства, достаточные для заключения под стражу, но обоснованность задержания не вызывает сомнений (есть веское подозрение, исключается избрание другой меры пресечения). Например, подозреваемый или обвиняемый был задержан в городе, значительно удаленном от места производства следствия.

9. В условиях чрезвычайного положения предусмотрена возможность продления до 3 месяцев срока содержания под стражей лиц, задержанных по подозрению в совершении особо тяжких преступлений (п. «ж» ст. 12 ФКЗ «О чрезвычайном положении»). Продлевать срок задержания должен только суд, поскольку создание чрезвычайных судов не допускается. Правосудие осуществляется только судом даже в условиях чрезвычайного положения.

10. Освобожденное в связи с истечением срока задержания лицо сохраняет статус подозреваемого, даже если к нему не применили какую-либо меру пресечения, поскольку остается не только подозрение, но и угроза заключения под стражу.

11. Копия решения суда об отказе в удовлетворении ходатайства об избрании меры пресечения заключения под стражу выдается подозреваемому судом (ч. 8 ст. 108 УПК).

12. Справка о задержании выдается освобожденному следователем, прокурором или дознавателем (приложение 40 к ст. 476 УПК) или начальником места содержания под стражей (ст. 50 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

13. Решение о задержании и сами действия по его осуществлению могут быть обжалованы заинтересованными лицами как прокурору (ст. 123), так и в суд (ст. 125)[1].

СТАТЬЯ 95
ПОРЯДОК СОДЕРЖАНИЯ ПОДОЗРЕВАЕМЫХ ПОД СТРАЖЕЙ

1. Порядок и условия содержания подозреваемых под стражей определяются федеральным законом.

2. В случае необходимости проведения оперативно-розыскных мероприятий допускаются встречи сотрудника органа дознания, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с подозреваемым с письменного разрешения дознавателя, следователя, прокурора или суда, в производстве которых находится уголовное дело.

1. Содержание подозреваемого или обвиняемого под стражей составляет суть уголовно-процессуального задержания. Порядок и условия содержания под стражей

[1] См. Определение КС РФ от 23.06.2005 г. № 270-О.

определяются ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

2. К местам содержания под стражей относятся следственные изоляторы уголовно-исполнительной системы; изоляторы временного содержания ОВД и Пограничных органов ФСБ; учреждения, исполняющие наказание в виде лишения свободы; гауптвахты; помещения, определенные и приспособленные для этих целей капитанами судов, руководителями геологоразведочных партий и зимовок, главами дипломатических представительств.

3. Лицо или орган, в производстве которых находится уголовное дело, обязаны незамедлительно известить одного из близких родственников подозреваемого или обвиняемого о месте или об изменении места его содержания под стражей.

4. В целях обеспечения режима в местах содержания под стражей Министерством юстиции РФ, МВД РФ, ФСБ РФ, Министерством обороны РФ по согласованию с Генеральным прокурором РФ утверждаются Правила внутреннего распорядка в местах содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений (ст. 16 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»)

Правила внутреннего распорядка не могут ограничивать реализацию права подозреваемого иметь свидания с защитником без ограничения их количества и продолжительности[1]. Признаются незаконными и недействующими те положения Правил, которые допускают свидания заключенного с адвокатом по предъявлении им документа о допуске к участию в уголовном деле, выданного лицом или органом, в производстве которых находится уголовное дело[2]. Следователь или дознаватель не могут произвольно ограничивать свидания подозреваемого или обвиняемого с адвокатом[3].

5. Условия содержания подозреваемых под стражей должны соответствовать международным стандартам. Содержание под стражей не должно иметь характер кары, наказания, дополнительных лишений, в которых нет непосредственной необходимости с точки зрения целей задержания или устранения помех для хода расследования или поддержания безопасности и порядка в месте задержания (принцип 36 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 09.12.88 г.). Прямо запрещены: пытки или жестокие, бесчеловечные или унижающие виды обращения (принцип 6); понуждения к даче показаний против себя или любого другого лица; методы дознания, нарушающие способность принимать решения или выносить суждения (принцип 21). Условия содержания под стражей должны исключать угрозу жизни и здоровью подозреваемого (ч. 3 ст. 10 УПК). Согласно практике Европейского Суда по правам человека нарушение условий содержания под стражей влечет обязанность государства возместить заключенному причиненный этим вред[4].

6. Встречи оперативного работника с подозреваемым допускаются только по письменному разрешению лиц, в производстве которых находится уголовное дело: про-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 25.10.2001 г. № 14-П.

[2] БВС. 2003. № 6.

[3] См. Постановление КС РФ от 26.12.2003 г. № 20-П.

[4] См.: Решение Европейского Суда по правам человека от 15.07.2002 по делу «Калашников против Российской Федерации» // РГ. 17.10.2002 г.

курора, следователя, дознавателя (приложение 31 к ст. 476 УПК). Суд может дать разрешение на встречу оперативного работника с подсудимым по делу, принятому с у д о м к своему производству, и в отношении которого избрана мера пресечения в виде заключения под стражу. Такой подсудимый может быть подозреваемым по другому делу, например при совершении преступления в следственном изоляторе.

Для получения разрешения на встречу по своей инициативе оперативный сотрудник должен обосновать необходимость проведения оперативно-розыскных мероприятий в соответствие с ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

Письменное разрешение предъявляется оперативным работником администрации места содержания под стражей.

СТАТЬЯ 96
УВЕДОМЛЕНИЕ О ЗАДЕРЖАНИИ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

1. Дознаватель, следователь или прокурор не позднее 12 часов с момента задержания подозреваемого уведомляет кого-либо из близких родственников, а при их отсутствии — других родственников или предоставляет возможность такого уведомления самому подозреваемому.

2. При задержании подозреваемого, являющегося военнослужащим, об этом уведомляется командование воинской части.

3. Если подозреваемый является гражданином или подданным другого государства, то в срок, указанный в части первой настоящей статьи, уведомляется посольство или консульство этого государства.

4. При необходимости сохранения в интересах предварительного расследования в тайне факта задержания уведомление с санкции прокурора может не производиться, за исключением случаев, когда подозреваемый является несовершеннолетним.

1. Уведомление о задержании подозреваемого должно быть сделано не позднее 12 часов с момента фактического задержания. Уведомление может быть произведено и позже, когда будут установлены личность и родственники подозреваемого (при отказе подозреваемого от дачи показаний или даче ложных показаний, отсутствии документов).

2. Уведомляется тот родственник, на которого укажет сам подозреваемый (принцип 16 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.88 г.). По желанию подозреваемого может быть уведомлено близкое лицо, например сожительница (п. 3 ст. 15 УПК).

3. Подозреваемому может быть отказано в предоставлении возможности самому уведомить родственников в интересах предварительного расследования (например, для пресечения его попыток распорядиться об уничтожении следов преступления).

4. Уведомление о задержании может быть произведено письмом, телеграммой, телефонограммой. Законом не запрещена устная форма уведомления (по телефону, в личной беседе, при допросе). Об уведомлении родственников делается отметка в протоколе задержания. Уведомление включает в себя информацию о факте задержания, месте содержания задержанного, органе, который произвел задержание.

5. Уведомление командования воинской части, посольства или консульства должно быть сделано в письменном виде. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, задержанному иностранному гражданину должно быть разъяснено его право связаться со своим консульством или посольством (принцип 16). Посольство или консульство уведомляется через МИД.

6. О месте или о перемене места содержания подозреваемого должен быть уведомлен и его защитник.

7. Уведомление о задержании не производится по мотивированному постановлению следователя, санкционированному прокурором (приложение 26 к ст. 476 УПК). Однако это не отказ в уведомлении, а «отсрочка на разумный период» (принцип 16 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме). Отсрочка уведомления обосновывается «исключительными обстоятельствами расследования», интересами тайны следствия (например, преступление совершено организованной группой, и уведомление о задержании одного соучастника повлечет активные действия остальных соучастников по противодействию расследованию).

8. Во всех случаях о задержании несовершеннолетнего незамедлительно извещаются его законные представители (ст. 423 УПК) и родственники, если законные представители ими не являются.

9. Следователь или дознаватель обязаны принять меры попечения об иждивенцах подозреваемого и по обеспечению сохранности его имущества, о чем уведомляется подозреваемый (ст. 160 УПК).

ГЛАВА 13. МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

СТАТЬЯ 97
ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ИЗБРАНИЯ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. Дознаватель, следователь, прокурор, а также суд в пределах предоставленных им полномочий вправе избрать обвиняемому, подозреваемому одну из мер пресечения, предусмотренных настоящим Кодексом, при наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый, подозреваемый:

1) скроется от дознания, предварительного следствия или суда;

2) может продолжать заниматься преступной деятельностью;

3) может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу.

2. Мера пресечения может избираться также для обеспечения исполнения приговора.

1. Меры пресечения — это процессуальные средства ограничения личной свободы обвиняемого, а в исключительных случаях подозреваемого, применяемые для предотвращения возможных процессуальных нарушений с их стороны, а также для обеспечения исполнения приговора. В общем виде меры пресечения обеспечивают

надлежащее поведение обвиняемого или подозреваемого (о понятии «надлежащее поведение» см. комм. к ст. 102).

2. Закон различает избрание и применение меры пресечения. Избрание понимается как принятие решения о мере пресечения (п. 13 ст. 5). Применение меры пресечения — это процессуальные действия, осуществляемые с момента принятия решения об избрании меры пресечения до ее отмены или изменения (п. 29 ст. 5).

Кроме того, в УПК используется термин «исполнение меры пресечения» (ч. 3 ст. 104; ч. 8 ст. 108). Исполнение меры пресечения означает непроцессуальные действия (командования воинской части, должностных лиц СИЗО) по реализации ее требований.

3. Общими условиями избрания и применения меры пресечения являются: 1) наличие возбужденного уголовного дела; 2) надлежащий субъект применения (состоящий на соответствующей должности, принявший дело к своему производству, не подлежащий отводу) и 3) отсутствие служебного иммунитета у подследственного лица (надлежащий «объект» применения меры пресечения).

Возбужденное уголовное дело служит юридическим основанием для мер пресечения, в частности и для процессуального принуждения в целом, означая установленность общественно опасного деяния. Меры принуждения не могут применяться: а) до возбуждения уголовного дела; б) после прекращения дела (ст. 213; 239 УПК); в) после приостановления дела. По приостановленному делу мера пресечения избирается в отношении скрывшегося обвиняемого, но не применяется (см. комм. к ст. 108, 210). Мера пресечения может применяться до вступления приговора в законную силу. Однако реально она действует еще 3 суток до обращения приговора к исполнению (ст. 390).

Специальным условием мер пресечения является наличие доказательств виновности лица в совершении преступления. Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»[1] пояснил, что «наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста» (п. 14).

Это условие соблюдается при вынесении обоснованного постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого или обвинительного акта. Однако обоснованность данных решений по УПК подвергается только *последующему* судебному контролю (о соблюдении этого условия для подозреваемого см. комм. к ст. 100).

4. Дознаватель и следователь избирают или изменяют меру пресечения по делу, принятому к своему производству. Закон не предусматривает получения письменного согласия начальника органа дознания для избрания меры пресечения дознавателем.

Прокурор вправе избрать или изменить меру пресечения при утверждении обвинительного заключения (ч. 2 ст. 221) или при принятии дела к своему производству. Прокурор вправе дать письменное указание следователю и дознавателю об избрании меры пресечения. Суд принимает решение о мере пресечения в досудебном производстве по ходатайству органов уголовного преследования (заключение под стражу

[1] БВС РФ. 2003. № 12.

и домашний арест); отменяет меру пресечения по жалобе стороны защиты. В судебном производстве суд решает вопрос о любой мере пресечения.

5. Избирается только одна мера пресечения. Избрание меры пресечения не обязательно. При отсутствии оснований к избранию меры пресечения от обвиняемого или подозреваемого отбирается обязательство о явке (ст. 112).

6. Меры пресечения имеют превентивно-обеспечительный характер. Основанием применения мер пресечения является обоснованное предположение о возможном процессуальном нарушении со стороны обвиняемого. Вероятный вывод о возможном нарушении должен быть основан на конкретных фактах, установленных путем доказывания о том, что:

— обвиняемый может скрыться от дознания, предварительного расследования или суда (сведения о прошлых фактах аналогичного поведения: покушении на побег, оказании сопротивления при задержании, нарушении ранее избранной меры пресечения, неявках по вызову без уважительных причин, длительное нахождение в розыске по другим делам, отсутствие постоянного места жительства, неустановленность личности и т.д.);

— обвиняемый может продолжать заниматься преступной деятельностью (сведения о наличии не снятой и не погашенной судимости, обвинении в совершении нескольких преступлений или в совершении преступления группой лиц, захват его при совершении преступления). Формулировка этого основания неудачна. Она противоречит презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК). Обвиняемый предполагается невиновным даже в прошлых преступлениях, тем более — в будущих. Будущие преступления обвиняемого не затрагивают интересов сторон в данном деле. Основанием избрания меры пресечения является угроза не материальных, а процессуальных правонарушений. Поэтому возможные преступные посягательства обвиняемого на потерпевшего, свидетеля, следователя или судью — это воспрепятствование производству по данному делу, т.е. другое основание для избрания меры пресечения. В связи с этим представляется, что комм. норма требует ограничительного толкования;

— обвиняемый может воспрепятствовать производству по делу путем угроз участникам процесса, уничтожения следов преступления. Такие действия обвиняемого могут быть даже преступлениями и повлечь дополнительное уголовное преследование (воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования — ст. 294 *УК*; посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование, — ст. 295 *УК*; угроза или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования — ст. 296 *УК*; провокация или дача взятки — ст. 304, 291 *УК*; подкуп или принуждение к даче показаний или уклонению от дачи показаний либо к неправильному переводу — ст. 309 *УК*).

Реальная будущая возможность обвиняемого воспрепятствовать производству по делу может быть установлена с помощью сведений о служебной или личной зависимости свидетеля или потерпевшего от обвиняемого, его высоком должностном положении.

В то же время обвиняемый не просто источник информации, а сторона в процессе. В связи с этим он не обязан помогать органам преследования выявить истину. Отказ обвиняемого от дачи показаний или дача ложных показаний не могут быть

основанием для применения или ужесточения меры пресечения. Обвиняемый как сторона вправе использовать любые не запрещенные законом средства и способы для защиты от обвинения (п. 21 ч. 4 ст. 47 УПК), например получать данные о личности свидетеля обвинения (потерпевшего), которые ставят под сомнение достоверность его показаний. Такое «воспрепятствование» выяснению истины также не влечет избрание меры пресечения. Поэтому данное основание нуждается в ограничительном толковании.

Вероятность незаконного противодействия выяснению истины уменьшается вместе с движением уголовного дела (закреплением следов), поэтому с завершением длительного предварительного расследования надобность меры пресечения по этому основанию может отпасть[1].

7. Необходимость исполнения приговора является основанием применения меры пресечения в апелляционном и кассационном разбирательстве, когда по делу уже вынесен обвинительный приговор с назначением наказания, но он еще не вступил в законную силу (не обращен к исполнению). Основанием избрания меры пресечения может служить и необходимость исполнения будущего приговора (в стадиях предварительного расследования, подготовки дела к судебному заседанию). До вступления приговора в законную силу и сам приговор, и наказание являются предметом спора сторон, они вероятны и сомнительны. Согласно презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК) эти сомнения должны толковаться в пользу обвиняемого. Из такого толкования следуют три вывода:

1) мера пресечения должна быть сопоставима с минимально возможным наказанием и не может быть больше или равна максимальному наказанию. Так, Европейский Суд указал, что предварительное заключение не должно предвосхищать наказание в виде лишения свободы[2];

2) по мере продвижения уголовного дела сомнения по поводу будущего приговора и наказания все более устраняются, поэтому может усиливаться необходимость применения меры пресечения для обеспечения исполнения приговора;

3) при невозможности назначения и отбывания наказания невозможно избрание и применение меры пресечения. При высокой вероятности постановления оправдательного приговора или приговора без назначения, с освобождением от отбывания наказания мера пресечения применению не подлежит (тем более когда такой приговор уже вынесен, хотя и не вступил в силу — ст. 311 УПК). Возможность назначения наказания может исключаться слабостью обвинения, наличием акта амнистии или помилования, истечением сроков давности так, что деяние или личность обвиняемого потеряли общественную опасность (ст. 302).

Если обвиняемый возражает против прекращения дела по нереабилитирующим основаниям, то при продолжении расследования и разбирательства никакая мера пресечения не может быть применена[3].

Вынесенный оправдательный приговор подтверждает слабость обвинения (исключая возможность наказания). Поэтому при отмене оправдательного приговора вышестоящим судом отсутствуют условия для избрания им меры пресечения.

---

[1] См. решение Европейского Суда по правам человека по делу «Клоот против Бельгии» / пер. с англ. С.А. Беляева // http://www.garant.ru

[2] См. решение по делу Кеммаша от 27.11.91 г. Серия А, Т. 218, С. 25, п. 52.

[3] Такое толкование норм УПК подтверждено Определением КС РФ от 21.12.2000 г. № 296-О.

Если подсудимый осужден к исправительным работам или к обязательным работам, то согласно п. 9.2.8 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде[1], к нему не применяются меры пресечения. Вместо этого отбирается подписка о я в к е в уголовно-исполнительную инспекцию.

Возможность назначения наказания ограничивает право надзорной инстанции избрать меру пресечения при отмене обвинительного приговора и возвращении дела в суд первой или второй инстанции.

СТАТЬЯ 98
МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

Мерами пресечения являются:
1) подписка о невыезде;
2) личное поручительство;
3) наблюдение командования воинской части;
4) присмотр за несовершеннолетним обвиняемым;
5) залог;
6) домашний арест;
7) заключение под стражу.

1. Комм. статья предусматривает исчерпывающий перечень мер пресечения. Не относятся к мерам пресечения такие сходные с ними меры принуждения, как: задержание подозреваемого, временное отстранение от должности (которое не предназначено для обеспечения явки обвиняемого), помещение обвиняемого в медицинский стационар (которое не предназначено для пресечения преступной деятельности, исполнения приговора).

2. Меры пресечения расположены в ст. 98 УПК в порядке увеличения степени интенсивности принуждения (ограничения свободы обвиняемого или подозреваемого).

3. По виду принуждения меры пресечения делятся на *физически-принудительные и психологически-принудительные*. Физически-принудительные меры пресечения — домашний арест (ст. 107) и заключение под стражу (ст. 108) — физически ограничивают личную свободу обвиняемого (подозреваемого), изолируя его от общества. Они избираются и применяются непосредственно к обвиняемому (подозреваемому) без согласия заинтересованных лиц. Прямое ограничение личной неприкосновенности требует состязательной процедуры избрания таких мер пресечения (судебного разрешения).

Остальные меры пресечения — психологически-принудительные — ограничивают личную свободу обвиняемого (подозреваемого) психическим воздействием. Эти меры не связаны с изоляцией от общества, избираются и применяются при согласии заинтересованных лиц (а иногда только при их ходатайстве). «Добровольный» характер исполнения данных мер позволяет избирать их в розыскной процедуре (органам

[1] Утверждена приказом Генерального директора Судебного департамента при ВС РФ от 29.04.2003 г. № 36.

уголовного преследования без предварительного судебного разрешения), поскольку дача согласия (или отказ в этом) в какой-то степени уравнивает стороны. Однако это подобие равноправия сторон не гарантирует от злоупотреблений, поэтому последующий судебный контроль над избранием мер пресечения трудно переоценить.

Психолого-принудительные меры пресечения регулируются Стандартными минимальными правилами ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (*Токийские правила*), принятыми Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 г. № 45/110. Согласно п. 3.4 этих Правил, не связанные с тюремным заключением меры, которые накладывают какое-либо обязательство на обвиняемого (подозреваемого) и которые применяются до формального разбирательства или суда или вместо них, требуют согласия обвиняемого (подозреваемого).

4. Сущность психологически-принудительных мер пресечения состоит в том, что на обвиняемого (подозреваемого) возлагается моральное обязательство надлежащего поведения.

По способу обеспечения этого обязательства психолого-принудительные меры пресечения делятся на три группы:

а) основанные только на личном обещании самого обвиняемого (подозреваемого). Это подписка о невыезде и надлежащем поведении (ст. 102);

б) основанные на имущественной ответственности — залог, вносимый самим обвиняемым или подозреваемым (ст. 106);

в) основанные на действиях третьих лиц: личное поручительство (ст. 103), наблюдение командования воинской части (ст. 104), присмотр за несовершеннолетним обвиняемым (ст. 105) и залог, вносимый третьим лицом (ч. 3 ст. 106). Эта группа психолого-принудительных мер пресечения состоит в непроцессуальных действиях третьих лиц, обеспечивающих надлежащее поведение обвиняемого. Поэтому эти лица должны быть действительно способны влиять на обвиняемого. К ним при невыполнении возложенных обязанностей могут быть применены карательные меры: денежное взыскание с поручителей и лиц, присматривающих за несовершеннолетним; обращение в доход государства залога. При применении этих мер пресечения возникают сложные отношения. На обвиняемого возлагаются обязательства не только перед ведущими процесс органами, но и перед третьими лицами, которые, в свою очередь, подотчетны субъектам, осуществляющим производство по делу.

5. Все психологически-принудительные меры пресечения обеспечиваются угрозой применения более строгой меры пресечения в случае процессуальных нарушений со стороны обвиняемого или подозреваемого (ст. 110).

6. По характеристике правового статуса обвиняемого (подозреваемого) меры пресечения делятся *на общие и специальные*. Специальные меры пресечения (суть специальные виды поручительства) применяются при особых признаках обвиняемого: несовершеннолетие (присмотр за ним) и прохождение действительной военной службы (наблюдение командования).

7. Система различных мер пресечения позволяет избрать именно ту, которая в каждом конкретном случае обеспечивала бы надлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого), при этом минимально ограничивала бы его права и свободы (п. 2.3 Токийских правил).

СТАТЬЯ 99
ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, УЧИТЫВАЕМЫЕ ПРИ ИЗБРАНИИ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

При решении вопроса о необходимости избрания меры пресечения в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления и определения ее вида при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, должны учитываться также тяжесть преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства.

1. Обстоятельства, указанные в комм. статье, в теории принято называть мотивами избрания мер пресечения. Закон предусматривает не исчерпывающий перечень обстоятельств, учитываемых при избрании меры пресечения. К другим обстоятельствам можно отнести наличие (отсутствие): обстоятельств, смягчающих или отягчающих наказание (ст. 61, 62 *УК*); постоянного места жительства; иждивенцев; государственных наград; угрозы для обвиняемого или его близких в связи со стихийным бедствием, тяжелой болезнью или смертью единственного трудоспособного члена семьи (ст. 398 УПК); фактов отрицательного поведения в быту; фактов привлечения к административной ответственности; высокого социального и имущественного положения обвиняемого; чрезвычайного или военного положения в данной местности; стихийных бедствий, ограниченной дееспособности и т.д.

2. Эти обстоятельства сами по себе не могут повлечь избрание меры пресечения. Они тщательно анализируются в совокупности с основаниями, указанными в ст. 97 УПК.

3. При избрании меры пресечения указанные обстоятельства учитываются с трех сторон:

а) они могут служить косвенными доказательствами наличия или отсутствия общих оснований избрания мер пресечения (тяжкое обвинение, неустановленность личности, отсутствие постоянного места жительства подтверждают возможность сокрытия обвиняемого);

б) эти факты влияют на выбор той или иной меры пресечения (возможность внести залог, наличие поручителей, домашний арест лица, занимающего высокую должность);

в) отсутствие мотивов может даже вовсе исключать необходимость в применении меры пресечения, вместо которой отбирается обязательство о явке (ст. 112 УПК). Однако на практике сам факт привлечения в качестве обвиняемого обычно влечет обязательное применение меры пресечения, как минимум, в виде подписки о невыезде. Такой обычай фактически презюмирует наличие оснований и мотивов избрания меры пресечения. Эта практика противоречит закону.

4. Обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения, устанавливаются, как правило, с помощью уголовно-процессуальных доказательств (но могут быть и общеизвестными — военное положение в данной местности).

СТАТЬЯ 100
ИЗБРАНИЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ПОДОЗРЕВАЕМОГО

1. В исключительных случаях при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, и с учетом обстоятельств, указанных в статье 99

настоящего Кодекса, мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого. При этом обвинение должно быть предъявлено подозреваемому не позднее 10 суток с момента применения меры пресечения, а если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу — в тот же срок с момента задержания. Если в этот срок обвинение не будет предъявлено, то мера пресечения немедленно отменяется, за исключением случаев, предусмотренных частью второй настоящей статьи.

2. Обвинение в совершении хотя бы одного из преступлений, предусмотренных статьями 205, 205[1], 206, 208, 209, 277, 278, 279, 281 и 360 Уголовного кодекса Российской Федерации, должно быть предъявлено подозреваемому, в отношении которого избрана мера пресечения, не позднее 30 суток с момента применения меры пресечения, а если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу — в тот же срок с момента задержания. Если в этот срок обвинение не будет предъявлено, то мера пресечения немедленно отменяется.

1. Исключительность обусловлена тем обстоятельством, что подозрение (в отличие от обвинения) еще не позволяет обвинителю однозначно утверждать о виновности определенного лица. Таким образом, на момент избрания меры пресечения еще сам обвинитель не убежден в том, что преступление совершено именно этим лицом.

С формальной юридической стороны мера пресечения избирается в отношении подозреваемого, когда еще недостаточно доказательств для вынесения постановления о привлечении этого лица в качестве обвиняемого.

Отсутствие обвинения (постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого) означает и отсутствие точной юридической оценки деяния — квалификации, которая при возбуждении дела имеет предварительный характер. Поэтому в отношении подозреваемого трудно проконтролировать соблюдение всех условий законности избрания меры пресечения. Тяжесть подозрения может быть завышена, данных о личности в силу неотложной ситуации может недоставать.

2. В отношении подозреваемого может быть избрана любая мера пресечения (ст. 102—108 УПК). В то же время избрание некоторых мер пресечения в отношении подозреваемого затруднительно в силу необходимости установления многих дополнительных факторов (см. комм. к ст. 103, 105).

3. Избрание меры пресечения в отношении подозреваемого допускается только в неотложной ситуации, т.е. когда неприменение этой меры реально повлечет невосполнимые утраты (исчезновение следов, сокрытие подозреваемого) (о неотложной ситуации см. комм. к ст. 157, 165).

4. Необходимым условием применения меры пресечения остается по общему правилу наличие доказательств виновности[1].

Несмотря на то что они *еще не могут обосновать обвинение, но уже должны веско обосновывать подозрение*. На практике следует ориентироваться на основания задержания лица в качестве подозреваемого — классический фундамент подозрения (ст. 91 УПК). Игнорирование этого условия может привести к неверному впечатле-

---

[1] Решение Европейского Суда от 30.08.90 г. по делу «Фокса, Кэмпбелла и Хартли против Соединенного Королевства» // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 2. М., 2000. С. 35; Решение Европейского Суда по делу «Клоот против Бельгии» / пер. с англ. С.А. Беляева // http://www.garant.ru

нию, что к любому лицу (например, свидетелю) можно применить меру пресечения, и он станет подозреваемым, т.к. согласно закону подозреваемым признается лицо, в отношении которого применена мера пресечения до предъявления ему обвинения (ст. 46 УПК).

5. Исключительный характер избрания меры пресечения в отношении подозреваемого жестко ограничивает срок действия меры пресечения — 10 суток.

6. Представляется, что исчисление срока начинается с того часа, в течение которого применили меру пресечения (см. об этом комм. к ст. 128). В отличие от УПК РСФСР (ст. 103), УПК РФ (ст. 128) включает в срок остаток текущих суток при исчислении сроков сутками. При этом момент начала срока связан не с избранием меры пресечения, а с фактической ее реализацией — применением, точнее с исполнением. Поэтому срок заключения под стражу, домашнего ареста исчисляется с часа, в течение которого произведено фактическое задержание подозреваемого (п. 15 ст. 5). Срок остальных мер пресечения исчисляется также с того часа, в течение которого вручили подозреваемому копию постановления об избрании меры пресечения и составили подписки, протокол принятия залога.

Срок задержания лица по подозрению в совершении преступления (48 часов + 72 часа) включается в 10-суточный срок меры пресечения в виде заключения под стражу, примененной в отношении подозреваемого. Представляется правильным толковать данную норму расширительно. Срок задержания следует включать в 10-суточный срок действия *любой* меры пресечения, а не только заключения под стражу.

7. Не позднее 10 суток с момента применения меры пресечения подозреваемому должно быть предъявлено обвинение. Тогда мера пресечения продолжает применяться без вынесения об этом отдельного постановления.

Правило о предъявлении обвинения в 10-суточный срок следует толковать с учетом ряда дополнительных норм:

а) незамедлительное предъявление обвинения — это международно-правовая гарантия права на защиту (подп. «а» п. 3 ст. 6 Римской конвенции). В связи с этим следователь должен принять все возможные меры для предъявления обвинения как можно раньше, не дожидаясь истечения 10 суток с момента применения меры пресечения к подозреваемому;

б) время действия меры пресечения в отношении подозреваемого иногда распространяется не до предъявления обвинения, а *до вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого*. Именно с этого момента появляется обвиняемый и для обвинителя доказана его виновность (ст. 47 УПК). Поэтому употребление здесь термина «подозреваемый» — неточно. Обвинение всегда предъявляется обвиняемому, а не подозреваемому.

Согласно ст. 210 УПК мера пресечения избирается в отношении скрывшегося обвиняемого и без предъявления ему обвинения. Использование аналогии данной нормы позволяет продолжить применение меры пресечения в случаях, когда следователь уже вынес постановление о привлечении подозреваемого в качестве обвиняемого, однако обвинение невозможно предъявить в силу: кратковременной болезни обвиняемого, неявки его по вызову, невозможности явки избранного защитника в течение 5 суток (ч. 6 ст. 172), стихийного бедствия и т.д.

В соответствии с ч. 3 ст. 203 при помещении подозреваемого в психиатрический стационар для производства судебно-психиатрической экспертизы, 3-суточный срок

предъявления ему обвинения прерывается до получения заключения экспертов. При этом в течение 10 суток с момента фактического задержания должно быть вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого;

в) при производстве дознания время действия меры пресечения *в виде заключения под стражу* распространяется до вынесения обвинительного акта (ст. 224 УПК), т.е. до появления обвиняемого (ст. 47). При этом закон оставляет без ответа вопрос о том, обязательно ли соблюдение 10-суточного срока для применения других мер пресечения в отношении подозреваемого во время производства дознания (об этом см. комм. к ст. 224*)*.

8. Десятисуточный срок действия меры пресечения, примененной в отношении подозреваемого, не может быть продлен. По истечении срока мера пресечения отменяется, о чем должно быть вынесено постановление (ст. 110 УПК). Однако даже если постановление не вынесено, то мера пресечения все равно теряет силу (содержащийся под стражей подозреваемый освобождается, находящийся на подписке о невыезде может уехать и т.д.).

9. Часть 2 комм. статьи (в ред. от 22.04.2004 г.) допускает 30-суточный срок действия меры пресечения в отношении подозреваемого в совершении хотя бы одного из 10 тяжких и особо тяжких преступлений (терроризма — ст. 205 *УК*, бандитизма — ст. 209 *УК*, посягательства на жизнь государственного или общественного деятеля — ст. 277 *УК* и др.).

При толковании данной нормы следует учесть, что в момент избрания меры пресечения в отношении подозреваемого еще не существует обвинения. Поэтому квалификация преступления, указанная в постановлении о возбуждении дела, имеет предварительный характер и может измениться. Например, уголовное дело было возбуждено по факту убийства общественного деятеля и квалифицировано по ст. 105 *УК* (убийство). После задержания подозреваемого установлено, что убийство совершено из мести за политическую деятельность потерпевшего. Чтобы избрать в отношении подозреваемого меру пресечения на срок до 30 суток, на наш взгляд, требуется вынести постановление о дополнительной квалификации деяния по ст. 277 *УК*.

Не допускается как содержание под стражей сроком до 30 суток лиц, подозреваемых в совершении не указанных в ч. 2 комм. статьи преступлений, так и фактическое продление этого срока вопреки ст. 22 Конституции РФ без судебного решения[1].

10. Повторное избрание меры пресечения в отношении подозреваемого производится на общих основаниях *только при появлении новых обстоятельств*. Иначе неотложность ситуации утрачивается.

11. Подозреваемый, в отношении которого мера пресечения отменена, продолжает сохранять свой статус подозреваемого (право на защиту) до тех пор, пока в отношении него не будет прекращено уголовное преследование.

СТАТЬЯ 101
ПОСТАНОВЛЕНИЕ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ ОБ ИЗБРАНИИ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. Об избрании меры пресечения дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение, содержащее указание на пре-

[1] См. Определение КС РФ от 24.11.2005 г. № 432-О.

ступление, в котором подозревается или обвиняется лицо, и основания для избрания этой меры пресечения.

2. Копия постановления или определения вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также его защитнику или законному представителю по их просьбе.

3. Одновременно лицу, в отношении которого избрана мера пресечения, разъясняется порядок обжалования решения об избрании меры пресечения, установленный статьями 123—127 настоящего Кодекса.

1. Комм. статья предусматривает для всех мер пресечения общий порядок их избрания — принятие решения (п. 13 ст. 5). Применение мер пресечения как совокупность процессуальных действий по выполнению принятого решения (п. 28 ст. 5) регулируется ст. 102—109.

2. Постановление и определение об избрании меры пресечения должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7)

Обоснованность предполагает наличие условий, закрепление в деле оснований и учет дополнительных обстоятельств при избрании меры пресечения (см. комм. к ст. 97, 99).

Мотивированность означает, что в тексте постановления или определения должен содержаться анализ оснований, условий и дополнительных обстоятельств. Закон требует указания лишь на преступление и основания для избрания меры пресечения. При этом сущность обвинения (подозрения) и конкретные основания должны быть раскрыты.

Однако для обеспечения права на защиту (особенно подозреваемого) целесообразно в тексте постановления и определения дополнительно фиксировать:

а) основные доказательства виновности как главное условие меры пресечения. Ранее это предписывалось для постановления о возбуждении ходатайства о продлении сроков заключения под стражу[1];

б) оценку обстоятельств, учитываемых при избрании меры пресечения.

Выполнения требования мотивированности значительно облегчает проверку обоснованности решения о мере пресечения контролирующим органом.

3. Законодательство предусматривает две процедуры принятия решения о мере пресечения:

1) заключение под стражу и домашний арест избираются в состязательном порядке (ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК), когда одна сторона (обвинитель) ходатайствует о применении меры пресечения перед независимым арбитром — судом, а другая сторона (защита) вправе возражать и оспаривать обоснованность этой меры (ст. 108 УПК);

2) все остальные меры пресечения в стадии предварительного расследования избираются органом уголовного преследования, ведущим процесс (следователем, дознавателем, прокурором), по своей инициативе. Это розыскной (инквизиционный) порядок, который противоречит коренному правилу состязательного процесса (и конституционному принципу) — равноправию сторон. Сторона обвинения (следователь —

---

[1] См. п. 5.3 указания Генерального прокурора РФ от 18.06.98 г. № 38/36 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при продлении сроков предварительного следствия, дознания и содержания обвиняемых под стражей».

п. 46 ст. 5) избирает в отношении стороны защиты (обвиняемого — п. 45 ст. 5) меру пресечения. Равноправные субъекты не отдают друг другу обязательные для исполнения приказы. Розыскная процедура применения процессуального принуждения может быть оправдана только в неотложных ситуациях.

По сравнению с ранее действующим законодательством УПК РФ укрепляет самостоятельность следователя при избрании меры пресечения, предоставляя ему возможность не исполнять указания прокурора и начальника следственного отдела в случае своего несогласия с ними (ст. 38). Однако эта самостоятельность следователя не имеет гарантий судебной независимости.

Не способствует состязательности и инициатива суда в применении мер пресечения. В исковом процессе действия суда всегда должны находиться в пределах иска (жалобы, ходатайства, обвинения). УПК РФ разрешает суду избирать меру пресечения без ходатайства обвинителя (в т.ч. и вопреки его желанию — ч. 10 ст. 108; ч. 3 ст. 237; ст. 255). В силу прямого действия ст. 123 Конституции РФ суд не должен избирать меру пресечения, если государственный или частный обвинитель против нее возражает. Рассматривая данный вопрос, КС РФ подчеркнул, что само по себе право суда ставить и решать по собственной инициативе вопрос об избрании меры пресечения не противоречит Конституции РФ, т.к. не освобождает суд от обязанности выслушать мнения сторон, а стороны не могут быть лишены возможности привести свои доводы[1].

4. О компетенции различных органов по избранию мер пресечения см. комм. к ст. 97.

5. Решение об избрании меры пресечения вступает в силу с момента вынесения постановления судьи и определения суда; постановления прокурора (кроме заключения под стражу и домашнего ареста), постановления следователя или дознавателя (кроме заключения под стражу, домашнего ареста и залога). Постановление следователя или дознавателя об избрании залога приобретает силу после получения согласия прокурора.

6. Вступившее в силу решение о мере пресечения принявшим его органом предъявляется или объявляется обвиняемому (подозреваемому) и вручается (направляется) его копия.

Если защитник или законный представитель обвиняемого (подозреваемого) изложил соответствующую просьбу, то кому-либо из них также вручается копия решения о мере пресечения. При этом другие защитники и представители обвиняемого (подозреваемого) имеют право снять копию решения за свой счет. Устная просьба отражается в протоколе или постановлении об избрании меры пресечения.

7. Орган, принявший решение о мере пресечения, одновременно с предъявлением (объявлением) этого решения разъясняет обвиняемому или подозреваемому порядок его обжалования.

Право подачи жалобы принадлежит лицам, чьи интересы нарушены избранной мерой пресечения. Подать жалобу в т.ч. может лицо, в отношении которого мера пресечения избрана, но еще не исполнена[2].

---

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П.

[2] См. Постановление КС РФ от 03.05.95 г. № 4-П.

Постановления следователя и дознавателя могут быть обжалованы прокурору, а постановления прокурора — вышестоящему прокурору (ст. 123 УПК). Заинтересованные лица вправе подать жалобу и непосредственно в суд (ст. 125 УПК)[1].

Решение суда первой инстанции об избрании или изменении меры пресечения могут быть обжалованы в течение 3 суток в кассационном порядке (домашний арест и заключение под стражу — ч. 11 ст. 108) или 10 суток в апелляционном или кассационном порядке (остальные меры пресечения — ч. 5 ст. 355[2];

Подача жалобы по общему правилу не приостанавливает применение меры пресечения (подробнее об этом см. комм. к ст. 123—127).

СТАТЬЯ 102
ПОДПИСКА О НЕВЫЕЗДЕ И НАДЛЕЖАЩЕМ ПОВЕДЕНИИ

Подписка о невыезде и надлежащем поведении состоит в письменном обязательстве подозреваемого или обвиняемого:

1) не покидать постоянное или временное место жительства без разрешения дознавателя, следователя, прокурора или суда;

2) в назначенный срок являться по вызовам дознавателя, следователя, прокурора и в суд;

3) иным путем не препятствовать производству по уголовному делу.

1. Как и любая мера пресечения, подписка о невыезде преследует все их цели, в т.ч. пресечение продолжения преступной деятельности (ст. 97 УПК). Общая цель всех мер пресечения — обеспечение надлежащего поведения обвиняемого.

2. Надлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого) — это выполнение им процессуальных обязанностей: своевременно являться по вызову и сообщать о месте своего пребывания, не продолжать преступную деятельность, не препятствовать выяснению истины по делу и исполнению приговора (такое толкование вытекает из сопоставления ст. 97 и 102 УПК).

Надлежащее поведение прежде всего связано с личным присутствием обвиняемого (подозреваемого) при производстве процессуальных действий. Личное присутствие обеспечивает не только непосредственность процесса, но и саму состязательность, следовательно, и справедливость разбирательства. Поэтому личное присутствие обвиняемого обеспечивается любой мерой пресечения, даже если возможное наказание не связано с лишением свободы.

3. Подписку о невыезде следует отличать от сходного с ней обязательства о явке (ст. 112). Обязательство о явке — по сути, есть разъяснение обязанности являться по вызову. Оно не относится к мерам пресечения, может применяться к свидетелю и потерпевшему, не требует наличия возбужденного дела и вынесения постановления, не запрещает покидать место пребывания.

После вынесения приговора, но до его вступления в законную силу от осужденного отбирают подписку о явке в уголовно-исполнительную инспекцию, которая также не является мерой пресечения.

---

[1] Право судебного обжалования мер пресечения, не связанных с заключением под стражу, подтверждено Определением КС РФ от 17.02.2000 г. № 84-О.

[2] См. Постановление КС РФ от 02.07.98 г. № 20-П.

4. Для избрания подписки о невыезде необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

5. Специальным условием избрания подписки о невыезде служит наличие постоянного или временного места жительства. Это условие следует толковать с учетом Закона РФ от 25.06.93 г. «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации».

Место жительства — это жилой дом, квартира, служебное жилое помещение, специализированные дома (общежитие, гостиница-приют, дом маневренного фонда, специальный дом для одиноких престарелых, дом-интернат для инвалидов, ветеранов и др.), а также иное жилое помещение, в котором гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору аренды либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством РФ (ст. 2 указанного Закона).

Под временным местом жительства следует понимать *место пребывания* — гостиницу, санаторий, дом отдыха, пансионат, кемпинг, туристскую базу, больницу, другое подобное учреждение, а также жилое помещение, не являющееся местом жительства гражданина, — в которых он проживает временно (ст. 2 указанного Закона).

6. Регистрация по месту жительства или пребывания является одним из доказательств наличия места жительства или пребывания. Регистрация имеет уведомительный характер, ее отсутствие не может служить основанием для ограничения прав граждан (ст. 3 указанного Закона)[1].

Подписка о невыезде может оказаться неэффективной при «кочевом» характере жизни или работы, неустановленности личности обвиняемого.

7. Подписка о невыезде имеет психолого-принудительный характер, является личным обещанием и потому может применяться лишь с согласия обвиняемого (подозреваемого). Обязательность такого согласия предусматривается п. 3.4. Токийских правил, принятых резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 г. № 45/110.

Отказ дать подписку о невыезде служит косвенным подтверждением намерения скрыться и при наличии иных оснований и условий может повлечь избрание более строгой меры пресечения.

8. Подписка о невыезде — самая легкая из всех мер пресечения. В связи с этим она, как правило, избирается в отношении обвиняемых, которым не грозит наказание. На практике сформировался обычай применять ее к каждому обвиняемому, если не избирается иная, более строгая мера пресечения. Таким образом, основания для избрания подписки о невыезде практически презюмируются. Это противоречит процессуальному закону, который предусматривает основания для всех мер пресечения (ст. 97 УПК). При отсутствии оснований вместо меры пресечения необходимо отбирать обязательство о явке (ст. 112).

9. При избрании подписки кроме вынесения постановления требуется составить саму подписку — письменное обязательство обвиняемого. При этом ему следует письменно разъяснить подробное содержание обязанности надлежащего поведения (в т.ч. обязанность сообщать о месте своего пребывания, об изменении этого места в пределах населенного пункта или данной местности; не продолжать противоправную деятельность). Бланк подписки (приложение 97 к ст. 476 УПК) совершенно правильно

---

[1] См. также Постановление КС РФ от 02.02.98 г. № 4-П.

предусматривает предупреждение о том, что при нарушении подписки может быть избрана более строгая мера пресечения (это не предусмотрено в ст. 102 УПК РФ, но обязательно входило в содержание подписки по ст. 93 УПК РСФСР).

10. При применении подписки о невыезде могут приниматься дополнительные меры обеспечения надлежащего поведения обвиняемого: уведомляются участковый уполномоченный милиции по месту жительства обвиняемого, паспортная служба, военкомат, руководство предприятия или организации, в котором работает обвиняемый (подозреваемый).

11. В силу отличий подписки о невыезде от домашнего ареста запрет покидать место жительства означает запрет покидать населенный пункт (район местности), в пределах которого находится дом, квартира или иное место пребывания обвиняемого (подозреваемого). Ему не может быть запрещено выходить из дома, проводить ночь или выходные на даче (в пределах того же населенного пункта) и т.д.

Недопустимо при применении подписки о невыезде сводить ее к полицейскому надзору. Противоречит закону практика, когда обвиняемого (подозреваемого) обязывают периодично (еженедельно или ежедневно) отмечаться у следователя, дознавателя, прокурора или суда. Каждый вызов обвиняемого (подозреваемого) должен быть обоснован необходимостью их участия в конкретных процессуальных действиях. При этом повторные их допросы допускаются по их же инициативе, а не по инициативе следователя (см. комм. к ч. 3 ст. 173).

12. О сроке действия подписки о невыезде см. комм. к ст. 97 и 100.

СТАТЬЯ 103
ЛИЧНОЕ ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

1. Личное поручительство состоит в письменном обязательстве заслуживающего доверия лица о том, что оно ручается за выполнение подозреваемым или обвиняемым обязательств, предусмотренных пунктами 2 и 3 статьи 102 настоящего Кодекса.

2. Избрание личного поручительства в качестве меры пресечения допускается по письменному ходатайству одного или нескольких поручителей с согласия лица, в отношении которого дается поручительство.

3. Поручителю разъясняются существо подозрения или обвинения, а также обязанности и ответственность поручителя, связанные с выполнением личного поручительства.

4. В случае невыполнения поручителем своих обязательств на него может быть наложено денежное взыскание в размере до ста минимальных размеров оплаты труда в порядке, установленном статьей 118 настоящего Кодекса.

1. Личное поручительство обеспечивает надлежащее поведение обвиняемого и подозреваемого, в т.ч. пресекает сокрытие этих лиц и продолжение ими преступной деятельности (о содержании надлежащего поведения см. комм. к ст. 102).

При личном поручительстве обвиняемый вправе покидать место своего жительства или пребывания без разрешения следователя, дознавателя, прокурора или суда.

2. Надлежащее поведение обвиняемого обеспечивается непроцессуальными действиями личного поручителя (например, моральным воздействием).

3. Для избрания личного поручительства необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

4. Специальным условием избрания данной меры пресечения является наличие одного или нескольких лиц, желающих и реально способных обеспечить надлежащее поведение обвиняемого. О такой реальной способности свидетельствуют две группы обстоятельств:

1) поручитель заслуживает общественное доверие, в т.ч. доверие следователя (имеет стабильное социальное положение, пользуется в обществе уважением, авторитетом, известностью, ранее не допускал нарушения закона);

2) поручитель заслуживает доверие у самого обвиняемого (между ними хорошие личные отношения, обвиняемый находится под влиянием поручителя).

5. Необходимость получения значительного объема данных о личности поручителя и обвиняемого (подозреваемого) практически исключает применение данной меры пресечения в неотложных ситуациях, т.е. к подозреваемому в порядке ст. 100 УПК.

6. Для избрания личного поручительства обязательно требуются: 1) письменное ходатайство одного или нескольких поручителей; 2) согласие самого обвиняемого (подозреваемого). Это согласие может быть как письменным, так и устным. Устное согласие должно быть занесено в постановление об избрании меры пресечения или в подписку личного поручителя.

Согласие обвиняемого (подозреваемого) на избрание личного поручительства подтверждает его доверие поручителю и свидетельствует о главном содержании любой психолого-принудительной меры пресечения — о том, что обвиняемый (подозреваемый) берет на себя *моральное обязательство надлежащего поведения*, которое поручителем только гарантируется (обеспечивается).

7. Отказ от поручительства может быть заявлен в любой момент применения данной меры пресечения. Отказ влечет замену поручителей, применение другой меры пресечения или отмену меры пресечения.

8. Кроме мотивированного постановления об избрании личного поручительства требуется составить само письменное обязательство — подписку о личном поручительстве. При этом поручителю разъясняется сущность обвинения (подозрения), его права и обязанности. Поручитель предупреждается о возможной ответственности в виде денежного взыскания при нарушении обвиняемым условий меры пресечения. Выполнение этих действий должно быть отражено в тексте подписки или в отдельном протоколе.

9. В случае невыполнения поручителем своих обязательств на него может быть судом наложено денежное взыскание в размере до 100 МРОТ в порядке, предусмотренном ст. 118 УПК. Статья 117 по общему правилу ограничивает максимальный размер денежного взыскания в 25 МРОТ, однако в ст. 103 содержится специальная норма, имеющая приоритет перед общей.

10. Наложение денежного взыскания на поручителя — это мера уголовно-процессуальной ответственности за уголовно-процессуальное правонарушение, необходимым элементом которого является вина. Как подчеркивает КС РФ, «наличие вины — общепризнанное основание привлечения к юридической ответственности во всех отраслях права»[1]. Поэтому кроме факта нарушения обвиняемым меры пресечения (по-

[1] См. Определение КС РФ от 12.05.2005 г. № 186-О.

следствий правонарушения) требуется доказать вину и бездействие поручителя, недобросовестность исполнения им своих обязанностей, о чем составляется протокол (приложение 99 к ст. 476 УПК). Однако на практике это доказать очень сложно, поскольку действия поручителя, обеспечивающие надлежащее поведение обвиняемого, имеют непроцессуальный характер, точно не предусмотрены. Проблема может быть решена с помощью презумпции виновности поручителя, который освобождается от ответственности, если докажет, что добросовестно выполнял свои обязательства (хотя обвиняемый скрылся).

11. Ненадлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого), взятого на поруки, может повлечь применение к нему более строгой меры пресечения (ст. 110 УПК).

12. О сроке действия личного поручительства см. комм. к ст. 97 и 100.

СТАТЬЯ 104
НАБЛЮДЕНИЕ КОМАНДОВАНИЯ ВОИНСКОЙ ЧАСТИ

1. Наблюдение командования воинской части за подозреваемым или обвиняемым, являющимся военнослужащим или гражданином, проходящим военные сборы, состоит в принятии мер, предусмотренных уставами Вооруженных Сил Российской Федерации, для того, чтобы обеспечить выполнение этим лицом обязательств, предусмотренных пунктами 2 и 3 статьи 102 настоящего Кодекса.

2. Избрание в качестве меры пресечения наблюдения командования воинской части допускается лишь с согласия подозреваемого, обвиняемого.

3. Постановление об избрании меры пресечения, предусмотренной частью первой настоящей статьи, направляется командованию воинской части, которому разъясняются существо подозрения или обвинения и его обязанности по исполнению данной меры пресечения.

4. В случае совершения подозреваемым, обвиняемым действий, для предупреждения которых была избрана данная мера пресечения, командование воинской части немедленно сообщает об этом в орган, избравший данную меру пресечения.

1. Наблюдение командования воинской части преследует цель обеспечения надлежащего поведения обвиняемого (подозреваемого), в т.ч. пресекает сокрытие этих лиц и продолжение ими преступной деятельности (о содержании надлежащего поведения см. комм. к ст. 102).

2. Для избрания меры пресечения в виде наблюдения командования воинской части необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

3. Специальным условием избрания данной меры пресечения является особый статус обвиняемого (подозреваемого) — прохождение им военной службы (по призыву или контракту) или призыв на военные сборы. Понятие «военнослужащий» раскрывается в ст. 2 ФЗ от 27.05.98 г. «О статусе военнослужащих»; ст. 2 ФЗ от 28.03.98 г. «О воинской обязанности и военной службе».

Обычно наблюдение командования воинской части избирается в отношении солдат, матросов, сержантов, старшин, прапорщиков и мичманов; реже — офицеров. Данная мера пресечения эффективна, когда обвиняемый находится на казарменном положении.

При прекращении статуса военнослужащего (демобилизация, увольнение) данная мера пресечения подлежит отмене или изменению.

4. Обязанности командования воинской части при наблюдении за обвиняемым (подозреваемым) устанавливаются уставами Вооруженных Сил РФ: внутренней службы, дисциплинарным, гарнизонной и караульной службы, утв. Указом Президента РФ от 14.12.93 г. № 2140. (в ред. от 03.08.2005 № 918) .

К военнослужащему обвиняемому (подозреваемому) могут быть применены такие меры, как лишение права ношения оружия, постоянное пребывание под наблюдением своих начальников или суточного наряда, запреты направления на работу вне части в одиночном порядке, на назначение в караул и другие ответственные наряды, на увольнения из части, на отпуск. До разрешения уголовного дела обвиняемый может быть отстранен от занимаемой воинской должности и передан в распоряжение командира — начальника (ч. 4 ст. 42 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»).

Принятые к военнослужащему меры объявляются приказом командира части.

Помещение военнослужащего на гауптвахту как заключение под стражу допускается по судебному решению в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК[1].

5. Для избрания наблюдения командования воинской части требуется согласие обвиняемого (подозреваемого), т.к. главное в психолого-принудительных мерах пресечения — обязательство самого обвиняемого (подозреваемого).

6. Наблюдение командования воинской части является должностным видом поручительства. Командир-поручитель в силу своего служебного (должностного) положения обязуется обеспечить надлежащее поведение подчиненного ему обвиняемого. При этом эта процессуальная обязанность соответствует его служебному долгу. Поэтому согласие командования на избрание данной меры пресечения не требуется.

7. При избрании данной меры пресечения постановление об этом направляется командованию воинской части, которому разъясняются существо уголовного дела и его права и обязанности. Факт разъяснения отражается в протоколе или подписке. На практике постановление объявляется соответствующему начальнику, который об установлении наблюдения докладывает рапортом командиру части. Справка (рапорт) начальника об установлении наблюдения приобщается к материалам уголовного дела.

8. Командование воинской части обязано немедленно сообщить органу, избравшему меру пресечения, о нарушении ее условий обвиняемым (подозреваемым).

9. При недобросовестном исполнении наблюдения соответствующий начальник может быть подвергнут дисциплинарному взысканию.

10. Ненадлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого), взятого под наблюдение, может повлечь к нему применение более строгой меры пресечения (ст. 110 УПК).

11. О сроке действия наблюдения командования см. комм. к ст. 97 и 100.

СТАТЬЯ 105
ПРИСМОТР ЗА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМ ПОДОЗРЕВАЕМЫМ ИЛИ ОБВИНЯЕМЫМ

1. Присмотр за несовершеннолетним подозреваемым, обвиняемым состоит в обеспечении его надлежащего поведения, предусмотренного статьей 102 насто-

---

[1] См. Определение КС РФ от 18.01.2005 г. № 25-О.

ящего Кодекса, родителями, опекунами, попечителями или другими заслуживающими доверия лицами, а также должностными лицами специализированного детского учреждения, в котором он находится, о чем эти лица дают письменное обязательство.

2. При избрании данной меры пресечения дознаватель, следователь, прокурор или суд разъясняет лицам, указанным в части первой настоящей статьи, существо подозрения или обвинения, а также их ответственность, связанную с обязанностями по присмотру.

3. К лицам, которым несовершеннолетний подозреваемый, обвиняемый был отдан под присмотр, в случае невыполнения ими принятого обязательства могут быть применены меры взыскания, предусмотренные частью четвертой статьи 103 настоящего Кодекса.

1. Присмотр за несовершеннолетним относится к психологически-принудительным мерам пресечения и, по сути, представляет собой разновидность поручительства, обладая всеми его признаками.

2. Присмотр состоит в обеспечении по письменному обязательству надлежащего поведения несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) тремя категориями лиц:

а) родителями, усыновителями, опекунами или попечителями (это «законное» поручительство). Одновременно они могут участвовать в деле в качестве законных представителей этого обвиняемого (подозреваемого);

б) другими заслуживающими доверия лицами (как при обычном личном поручительстве) (см. комм. к ст. 103);

в) должностными лицами специализированного детского учреждения, в котором находится несовершеннолетний (должностное поручительство).

Название данной меры пресечения в ст. 98 УПК претерпело изменения, внесенное ФЗ от 29.05.2002 г. № 58-ФЗ. Согласно буквальному толкованию ст. 98 УПК присмотр избирается только в отношении обвиняемого. Действительно, как и личное поручительство присмотр за подозреваемым трудно применим в неотложных ситуациях (см. комм. к ст. 100, 103). Однако редакция ст. 105 УПК не изменилась и разрешает избрание присмотра как за обвиняемым, так и за подозреваемым.

3. Для избрания присмотра как меры пресечения необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

4. Специальным условием данной меры пресечения является недостижение обвиняемым (подозреваемым) на момент производства по делу возраста 18 лет. Несовершеннолетие обвиняемого определяет его неполную дееспособность, которая восполняется дееспособностью родителей, усыновителей, опекунов, попечителей или администрации специализированных детских учреждений. Эти лица обеспечивают надлежащее поведение несовершеннолетнего в силу обязанностей воспитания, предусмотренных нормами семейного (ст. 63 *СК*), гражданского (ст. 31 *ГК*) права, законодательства о профилактике правонарушений несовершеннолетних[1].

---

[1] См. ФЗ от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

5. Из указанного условия вытекают следующие особенности присмотра за несовершеннолетним:

1) приобретение несовершеннолетним дееспособности в полном объеме (в силу вступления в брак — ст. 21 *ГК*; или эмансипации — ст. 27 *ГК*), как правило, исключает избрание или влечет отмену присмотра. В этом случае можно применить личное поручительство;

2) в силу неполной дееспособности несовершеннолетнего процессуальный закон прямо не требует получения его согласия на избрание присмотра. Однако, как и другие психолого-принудительные меры пресечения, присмотр будет неэффективным без согласия самого обвиняемого (подозреваемого). Его согласие служит важным подтверждением возможности обеспечения надлежащего поведения, его доверия поручителю. Обязательность согласия обвиняемого для мер, не связанных с тюремным заключением, предусматривается Токийскими правилами (п. 3.4), принятыми Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 45/110;

3) присмотр избирается при согласии (ходатайстве) родителей, опекунов, попечителей и иных лиц. Это прямо предусматривалось ст. 394 УПК РСФСР в ред. от 09.03.2001 г. Согласие администрации специализированных детских учреждений не требуется как при должностном поручительстве, поскольку условия присмотра совпадают с их должностными обязанностями.

6. Избрание присмотра должностными лицами специализированного детского учреждения обычно применяется тогда, когда несовершеннолетний *уже* находится в этом учреждении не в связи с данным уголовным делом. В рамках применения меры пресечения — присмотра — следователь не вправе поместить находящегося «на свободе» несовершеннолетнего обвиняемого в специализированное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа. Этот вопрос относится к компетенции суда в соответствие ч. 5 ст. 15 ФЗ от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

В то же время ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» в ред. от 01.12.2004 г. предусматривает, что основанием приема в специализированные учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации, является постановление дознавателя, следователя, прокурора или судьи в случаях задержания, административного ареста, заключения под стражу, осуждения к аресту, ограничению свободы, лишению свободы родителей или законных представителей несовершеннолетнего (п. 4 ч. 3 ст. 13). Из этой нормы следует вывод, что не исключена отдача находящегося «на свободе» несовершеннолетнего под присмотр должностным лицам специализированных учреждений для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации (социально-реабилитационных центров, приютов, центров помощи детям, оставшимся без попечения родителей).

7. Порядок разъяснения существа обвинения (подозрения) и ответственности лицам, берущим несовершеннолетнего под присмотр, такой же, как и при избрании личного поручительства (см. комм. к ст. 103).

8. Избрание в отношении несовершеннолетнего меры пресечения, не связанной с заключением под стражу, является основанием для проведения с ним индивидуальной профилактической работы в соответствии с п. 9 ч. 1 ст. 5 ФЗ от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

Об отдаче несовершеннолетнего под присмотр извещаются подразделения ОВД по профилактике правонарушений несовершеннолетних (ст. 20 указанного Закона).

9. На лиц, к которым несовершеннолетний был отдан под присмотр, может быть наложено денежное взыскание (см. комм. к ст. 103).

10. Ненадлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого), взятого под присмотр, может повлечь к нему применение более строгой меры пресечения (ст. 110).

11. О сроке действия присмотра см. комм. к ст. 97 и 100.

СТАТЬЯ 106
ЗАЛОГ

1. Залог состоит во внесении подозреваемым или обвиняемым либо другим физическим или юридическим лицом на депозитный счет органа, избравшего данную меру пресечения, денег, ценных бумаг или ценностей в целях обеспечения явки к следователю, прокурору или в суд подозреваемого, обвиняемого и предупреждения совершения им новых преступлений. Вид и размер залога определяются органом или лицом, избравшим данную меру пресечения, с учетом характера совершенного преступления, данных о личности подозреваемого, обвиняемого и имущественного положения залогодателя.

2. Залог в качестве меры пресечения может быть избран судом, прокурором, а также следователем, дознавателем с согласия прокурора в любой момент производства по уголовному делу. Если внесение залога применяется вместо ранее избранных мер пресечения в виде заключения под стражу или домашнего ареста, то подозреваемый, обвиняемый остается под стражей или домашним арестом до внесения на депозитный счет суда залога, который был определен органом или лицом, избравшим эту меру пресечения. О принятии залога составляется протокол, копия которого вручается залогодателю.

3. Если залог вносится лицом, не являющимся подозреваемым, обвиняемым, то ему разъясняются существо подозрения, обвинения, в связи с которым избирается данная мера пресечения, а также связанные с ней обязательства и последствия их невыполнения или нарушения.

4. В случае невыполнения или нарушения подозреваемым, обвиняемым обязательств, связанных с внесенным за него залогом, залог обращается в доход государства по судебному решению, выносимому в соответствии со статьей 118 настоящего Кодекса.

5. В остальных случаях суд при вынесении приговора, а также определения, постановления о прекращении уголовного дела решает вопрос о возвращении залога залогодателю. При прекращении уголовного дела прокурором, следователем, дознавателем залог возвращается залогодателю, о чем указывается в постановлении о прекращении уголовного дела.

1. Сущность залога заключается в том, что обвиняемый (подозреваемый) берет на себя обязательство надлежащего поведения под угрозой утраты заложенного имущества.

Залог считается самой строгой психолого-принудительной мерой пресечения. Угроза утраты имущества — реальная гарантия явки обвиняемого. Поэтому залог

является серьезной альтернативой заключению под стражу (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Римской конвенции).

2. Залог обеспечивает все цели меры пресечения (надлежащее поведение обвиняемого и подозреваемого), в т.ч. пресечение их попыток воспрепятствовать производству по делу.

3. Для избрания меры пресечения в виде залога необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

4. Имущественные отношения при залоге в общем виде регулируются гражданским правом, поэтому при рассмотрении данной меры пресечения следует учитывать нормы гражданско-правового законодательства[1].

5. В качестве залогодателя может выступать как сам обвиняемый (подозреваемый), так и любое другое физическое или юридическое лицо. Закон не исключает участие нескольких залогодателей.

6. Предметом залога могут быть деньги, ценные бумаги (ст. 143 *ГК*) или иные ценности. К иным ценностям относятся ювелирные изделия, автомобили и другое имущество. Закон не исключает объекты недвижимого имущества из предмета залога. Однако на практике используется только такой предмет залога, который можно внести на депозитный счет банковского учреждения.

Стоимость валюты, ценных бумаг или иных ценностей устанавливается с помощью специальных знаний.

7. Вид предмета залога и его размер определяется органом, избравшим данную меру пресечения с учетом характера совершенного преступления, данных о личности обвиняемого и имущественного положения залогодателя. Эти критерии очень приблизительно определяют сумму залога. Ни минимальный, ни максимальный ее предел не установлен в законе. Редкое применение залога на практике не позволяет еще говорить о сложившихся обычаях или системе прецедентов.

При определении конкретной суммы залога следует учесть общие положения о мерах пресечения (см. комм. к ст. 97 УПК).

По общему правилу размер залога зависит от возможного наказания, а не от причиненного ущерба или размера заявленного гражданского иска. Для их обеспечения применяется наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК). Залог эффективен, когда обвиняемому грозит наказание в виде штрафа и сумма залога с ним сопоставима (так определялся размер залога ст. 1164 Устава уголовного судопроизводства 1864 г.). Презумпция невиновности позволяет уравнять сумму залога с минимальным штрафом. Исходя из презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК), представляется недопустимым избирать залог в большей сумме, чем сумма штрафа как возможного уголовного наказания.

Согласно ст. 46 *УК* штраф как уголовное наказание устанавливается в размере от 2500 руб. до 1 млн. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от 2 недель до 5 лет. Штраф в размере от 500 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше 3 лет может назначаться только за тяжкие и особо тяжкие преступления в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части *УК*. По указанным пра-

[1] См. Закон РФ от 29.05.92 г. «О залоге»; ст. 334 и сл. *ГК*.

вилам, если обвиняемый или подозреваемый является несовершеннолетним, то залог избирается в размере от 1 тыс. до 50 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода несовершеннолетнего осужденного за период от 2 недель до 6 месяцев (ст. 88 *УК*).

Вид и предмет залога определяются с учетом желания залогодателя.

8. Специальным условием избрания залога является наличие ходатайства обвиняемого (подозреваемого) или иного лица внести требуемую сумму залога и наличие этой суммы. Если залог вносится третьими лицами, то для избрания залога обязательно согласие и самого обвиняемого (подозреваемого), т.к. именно его обещание о надлежащем поведении составляет суть любой психолого-принудительной меры пресечения.

9. Если залог вносится третьим лицом, то надлежащее поведение обвиняемого должно дополнительно обеспечиваться какими-то действиями залогодателя, как при поручительстве. В УПК эти действия не упоминаются, и эффективность залога как меры пресечения ограничивается моральным (или гражданско-правовым) долгом обвиняемого перед залогодателем.

Третье лицо — залогодатель — должно заслуживать доверия (по аналогии с поручителем). Иначе залогодателем может оказаться соучастник, руководитель преступного сообщества.

При избрании залога залогодателю разъясняются такие же обстоятельства, как и поручителю при избрании личного поручительства (см. комм. к ст. 103).

10. В стадии предварительного расследования залог избирается прокурором при принятии дела к своему производству, утверждении обвинительного заключения (ч. 2 ст. 221 УПК). Следователь или дознаватель избирает залог с согласия прокурора. Согласие прокурора должно быть получено до предъявления обвиняемому (подозреваемому) постановления об избрании залога. Если залог избирается следователем или дознавателем по письменному указанию прокурора, то дополнительное получение его согласия не требуется.

11. После предъявления обвиняемому (подозреваемому) и иному залогодателю постановления (определения) об избрании залога залогодатель вносит установленную сумму на депозит органа, избравшего эту меру пресечения. Затем залогодатель предъявляет соответствующие платежные документы (квитанцию), на основании которых составляется протокол принятия залога (приложение 98 к ст. 476 УПК). Копия протокола вручается залогодателю.

12. Требования ч. 2 комм. статьи об обязательном внесении залога именно на депозитный счет суда, а не органа, избравшего данную меру пресечения, если залог избран вместо домашнего ареста или заключения под стражу, потеряли свое значение. Это объясняется тем, что ч. 4 ст. 110 УПК с 10.07.2003 г. утратила силу, и заключение под стражу и домашний арест могут быть отменены и изменены уже не только судом, но и органом предварительного расследования.

13. В судебных стадиях уголовного процесса залог избирается судом до вступления приговора в законную силу путем вынесения постановления (определения) (см. приложение 7 к ст. 477 УПК). Исполнение данной меры пресечения более детально регулируется Инструкцией по судебному делопроизводству в районном суде, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при ВС РФ от 29.04.2003 г. № 36. Секретарь судебного заседания по поручению судьи с участием залогодателя

составляет совместно с начальником отдела делопроизводства протокол о принятии залога (форма № 27), который приобщаются к делу. Копия протокола о принятии залога вручаются залогодателю.

14. В случае ненадлежащего поведения обвиняемого (подозреваемого) залог обращается в доход государства решением суда в порядке ст. 118 УПК. При этом в отношении обвиняемого может быть избрана более строгая мера пресечения (ст. 110 УПК).

В остальных случаях прекращения применения меры пресечения в виде залога он возвращается залогодателю (о сроке действия меры пресечения см. комм. к ст. 97 и 100).

15. Если залог был внесен самим обвиняемым (подозреваемым) или гражданским ответчиком, то на всю сумму залога (или его часть) может быть наложен арест в порядке, предусмотренном ст. 115 УПК. В этом случае средства залога могут обеспечить гражданский иск или другие имущественные взыскания.

СТАТЬЯ 107
ДОМАШНИЙ АРЕСТ

1. Домашний арест заключается в ограничениях, связанных со свободой передвижения подозреваемого, обвиняемого, а также в запрете:

1) общаться с определенными лицами;

2) получать и отправлять корреспонденцию;

3) вести переговоры с использованием любых средств связи.

2. Домашний арест в качестве меры пресечения избирается в отношении подозреваемого или обвиняемого по решению суда при наличии оснований и в порядке, которые установлены статьей 108 настоящего Кодекса, с учетом его возраста, состояния здоровья, семейного положения и других обстоятельств.

3. В постановлении или определении суда об избрании домашнего ареста в качестве меры пресечения указываются конкретные ограничения, которым подвергается подозреваемый, обвиняемый, а также указываются орган или должностное лицо, на которые возлагается осуществление надзора за соблюдением установленных ограничений.

1. Содержание домашнего ареста состоит в запретах обвиняемому (подозреваемому) покидать определенное помещение (здание, участок территории), общаться с некоторыми лицами устно, письменно и по средствам связи, устанавливаемых в целях обеспечения надлежащего поведения обвиняемого (подозреваемого) (о надлежащем поведении см. комм. к ст. 102).

Домашний арест является физически-принудительной мерой пресечения, физически изолирует обвиняемого (подозреваемого) от общества, избирается по решению суда без согласия обвиняемого и согласия органов, обеспечивающих соблюдение установленных ограничений (о проблеме согласия обвиняемого (подозреваемого) на домашний арест см. комм. к ч. 3 рассматриваемой статьи).

2. Не могут быть ограничены процессуальные права обвиняемого и подозреваемого на участие в судебных заседаниях; следственных и иных процессуальных действиях (например, в допросе свидетеля, производимом по ходатайству обвиняемого; отправке письменных жалоб, получении по почте повесток и других процессуальных документов, ведении переговоров с защитником и т.д.).

3. При домашнем аресте свобода передвижения обвиняемого (подозреваемого) ограничивается больше, чем при подписке о невыезде. Ему может быть запрещено постоянно или в определенное время: покидать жилое помещение, здание, участок территории (дачи, пансионата, санатория, больницы, гостиницы); посещать определенные места (район населенного пункта, увеселительные заведения, место работы, место жительства соучастников, свидетелей, потерпевших); выходить из жилого помещения без сопровождения.

В силу отличия домашнего ареста от заключения под стражу обвиняемый (подозреваемый) не может быть принудительно помещен в специализированное помещение (закрытого типа). При домашнем аресте отсутствует «содержание под стражей» (п. 42 ст. 5 УПК). Однако при согласии обвиняемого (подозреваемого) домашний арест может исполняться в месте, указанном в решении суда.

При домашнем аресте обвиняемый (подозреваемый) не изолируется от совместно проживающих с ним лиц.

4. Ограничения общаться с определенными лицами могут заключаться в запрете на встречи и разговоры с участниками судопроизводства по этому делу (подозреваемыми, обвиняемыми, потерпевшими и их представителями, свидетелями, экспертами, понятыми), с их родственниками и друзьями, со своими товарищами по работе, подчиненными, приятелями (через которых можно воспрепятствовать производству по делу).

При домашнем аресте, как правило, не запрещается общаться с совместно проживающими лицами.

5. Запрет получать и отправлять корреспонденцию по расширительному толкованию охватывает все почтовые отправления — адресованные письменная корреспонденция, посылки, прямые почтовые контейнеры[1]. Этот запрет не касается лишь осуществления почтовых переводов денежных средств.

В целях воспрепятствования производству по делу обвиняемому (подозреваемому) может быть запрещено общаться с журналистами, делать заявления через средства массовой информации.

6. Ограничения по ведению переговоров устанавливаются путем указания лиц, с которыми запрещено или разрешено вести переговоры, а также определенных средств связи (Интернета, электронной почты, телефона, телетайпа, факса, радио и др.).

7. Для избрания домашнего ареста необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение судом соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

8. Закон в качестве специального условия предусматривает, что домашний арест применяется при наличии оснований и условий для заключения под стражу (см. комм. к ст. 108) тогда, когда содержание под стражей обвиняемого или подозреваемого (помещение в следственный изолятор) не целесообразно в силу ряда обстоятельств:

а) старческого возраста, тяжелого состояния здоровья, беременности или кормления грудью;

б) особого социального или должностного статуса (по практике Уставов уголовного судопроизводства 1864 г. домашний арест применялся к высокопоставленным чиновникам, военным начальникам, депутатам);

---

[1] См. ст. 2 ФЗ от 17.07.99 г. «О почтовой связи».

в) наличия места жительства или пребывания;

г) наличия нормативной, организационной и материально-технической базы для исполнения домашнего ареста. На сегодняшний день отсутствие этого условия практически исключает использование данной меры пресечения в практике.

9. Домашний арест избирается в таком же порядке, как и заключение под стражу (*см.* комм. к ст. 108). Конституционность данной нормы подтверждена Постановлением КС РФ от 29.06.2004 № 13-П.

10. Устанавливаемые судом ограничения должны обеспечивать цели мер пресечения, а не ущемление прав обвиняемого (подозреваемого). Поэтому указание конкретных ограничений суд должен мотивировать.

Токийские правила, утвержденные Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 г. № 45/110, предусматривают *принцип минимального вмешательства* при применении мер, не связанных с тюремным заключением. Конкретные ограничения для обвиняемого (подозреваемого) формулируются в практичной и четкой форме и их число по возможности сводится к минимуму (п. 2.6; 12.2). В процессе применения не связанных с тюремным заключением мер соблюдается право обвиняемого на личную жизнь, а также право на личную жизнь его семьи (п. 3.11).

11. Суд указывает тот орган или должностное лицо, на которые возлагается надзор за соблюдением установленных ограничений. Эти органы и должностные лица определяются подведомственными нормативными актами.

При этом редакция ч. 3 комм. статьи подчеркивает некоторую «добровольность» домашнего ареста по сравнению с заключением под стражу. Пункт 3.4 Токийских правил предусматривает, что не связанные с тюремным заключением меры, которые накладывают какое-либо обязательство на обвиняемого и которые применяются до формального разбирательства или суда, требуют согласия обвиняемого. Однако вывод об обязательности согласия обвиняемого для его домашнего ареста (действительно не связанного с тюремным заключением) является неверным. Во-первых, при домашнем аресте устанавливаются не обязательства, а ограничения. Во-вторых, домашний арест избирается при наличии оснований для заключения под стражу, которое в данном случае нецелесообразно. Поэтому отказ обвиняемого от домашнего ареста «автоматически» влечет заключение под стражу.

Изложенное свидетельствует, что при домашнем аресте присутствует физическое принуждение, которое не позволяет толковать норму ч. 3 ст. 107 УПК так, будто бы запреты «соблюдаются» самим обвиняемым, а органы «надзирают» за этим. В действительности обвиняемый «подвергается ограничениям», а надзирающий орган не может быть пассивным наблюдателем нарушений со стороны обвиняемого (подозреваемого). Эти нарушения должны предупреждаться и пресекаться с помощью соответствующих контролирующих полномочий (выставление охраны, контроля сообщений и переговоров, применение физической силы и специальных средств).

12. Закон не устанавливает специальный срок применения домашнего ареста (об общем сроке действия меры пресечения см. комм. к ст. 97 и 100).

Время домашнего ареста засчитывается в срок заключения под стражу (ч. 10 ст. 109 УПК). Соответственно этому время домашнего ареста (в качестве части срока заключения под стражу) должно быть засчитано в срок уголовного наказания в виде лишения свободы из расчета один день за один день (несмотря на то, что в ст. 72 *УК* это прямо не предусмотрено). Кроме того, процессуальный закон специально устанавливает правило исчисления срока домашнего ареста (ч. 1 ст. 128 УПК).

Вышеуказанные обстоятельства, строгость запретов при домашнем аресте, а также процедура его применения свидетельствуют о высокой степени принудительности домашнего ареста, которая приближается к заключению под стражу.

В соответствии с международно-правовыми нормами должен быть установлен специальный срок домашнего ареста по аналогии со сроком заключения под стражу (ст. 109 УПК).

Каждое арестованное лицо имеет право на судебное разбирательство в течение *разумного срока* или на освобождение (ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Римской конвенции). Срок действия меры, не связанной с тюремным заключением, не превышает срока, *установленного* компетентным органом в соответствии с законом (п. 11.1 Токийских правил).

Если суд при избрании домашнего ареста не установит его срок, то фактически домашний арест будет действовать пока ведется предварительное расследование и судебное разбирательство, т.е. до истечения срока давности уголовного преследования (до 15 лет по особо тяжким преступлениям — ст. 78 *УК*). Это грубо и неоправданно (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ) нарушает международные стандарты и конституционное право на свободу и личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22 Конституции РФ). Если суд не установит срок домашнего ареста, то обвиняемый фактически теряет возможность обжаловать неограниченное продление срока содержания под домашним арестом.

Представляется, что суд в постановлении (определении) об избрании домашнего ареста должен установить срок ограничений по правилам ст. 109 УПК. По сходным правилам срок домашнего ареста должен продлеваться.

13. Решение суда об избрании домашнего ареста (или в отказе в этом) может быть обжаловано в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения (ч. 11 ст. 108 УПК). В течение 3 суток кассационная жалоба или представление должны быть рассмотрены кассационной инстанцией (см. комм. к ч. 11 ст. 108).

14. При нарушении ограничений и запретов обвиняемым (подозреваемым), содержащимся под домашним арестом, мера пресечения может быть изменена на заключение под стражу (ст. 110 УПК).

СТАТЬЯ 108
ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПОД СТРАЖУ

1. Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в постановлении судьи должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых судья принял такое решение. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до двух лет, при наличии одного из следующих обстоятельств:

1) подозреваемый или обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории Российской Федерации;

2) его личность не установлена;

3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;

4) он скрылся от органов предварительного расследования или от суда.

2. К несовершеннолетнему подозреваемому или обвиняемому заключение под стражу в качестве меры пресечения может быть применено в случае, если он подозревается или обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении несовершеннолетнего, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления средней тяжести.

3. При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении ходатайства излагаются мотивы и основания, в силу которых возникла необходимость в заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу и невозможно избрание иной меры пресечения. К постановлению прилагаются материалы, подтверждающие обоснованность ходатайства. Если ходатайство возбуждается в отношении подозреваемого, задержанного в порядке, установленном статьями 91 и 92 настоящего Кодекса, то постановление и указанные материалы должны быть представлены судье не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания.

4. Постановление о возбуждении ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня с участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника, если последний участвует в уголовном деле, по месту производства предварительного расследования либо месту задержания подозреваемого в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд. Подозреваемый, задержанный в порядке, установленном статьями 91 и 92 настоящего Кодекса, доставляется в судебное заседание. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, следователь, дознаватель. Неявка без уважительных причин сторон, своевременно извещенных о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства, за исключением случаев неявки обвиняемого.

5. Принятие судебного решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отсутствие обвиняемого допускается только в случае объявления обвиняемого в международный розыск.

6. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Затем прокурор либо по его поручению лицо, возбудившее ходатайство, обосновывает его, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица.

7. Рассмотрев ходатайство, судья выносит одно из следующих постановлений:

1) об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу;

2) об отказе в удовлетворении ходатайства;

3) о продлении срока задержания. Продление срока задержания допускается при условии признания судом задержания законным и обоснованным на срок не более 72 часов с момента вынесения судебного решения по ходатайству одной из сторон для представления ею дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности избрания меры пресечения в виде заключения под стражу. В постановлении о продлении срока задержания указываются дата и время, до которых продлевается срок задержания.

7.1. При отказе в удовлетворении ходатайства об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу судья по собственной инициативе вправе при наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, и с учетом обстоятельств, указанных в статье 99 настоящего Кодекса, избрать в отношении подозреваемого или обвиняемого меру пресечения в виде залога или домашнего ареста.

8. Постановление судьи направляется лицу, возбудившему ходатайство, прокурору, подозреваемому или обвиняемому и подлежит немедленному исполнению.

9. Повторное обращение в суд с ходатайством о заключении под стражу одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в избрании этой меры пресечения возможно лишь при возникновении новых обстоятельств, обосновывающих необходимость заключения лица под стражу.

10. Если вопрос об избрании в отношении подсудимого в качестве меры пресечения заключения под стражу возникает в суде, то решение об этом принимает суд по ходатайству стороны или по собственной инициативе, о чем выносится определение или постановление.

11. Постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или об отказе в этом может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения. Суд кассационной инстанции принимает решение по жалобе или представлению не позднее чем через 3 суток со дня их поступления. Решение суда кассационной инстанции об отмене постановления судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу подлежит немедленному исполнению. Решение суда кассационной инстанции может быть обжаловано в порядке надзора по правилам, установленным главой 48 настоящего Кодекса.

12. Лицо, в производстве которого находится уголовное дело, незамедлительно уведомляет кого-либо из близких родственников подозреваемого или обвиняемого, при их отсутствии — других родственников, а при заключении под стражу военнослужащего — также командование воинской части о месте содержания его под стражей или об изменении места содержания под стражей.

13. Не допускается возложение полномочий, предусмотренных настоящей статьей, на одного и того же судью на постоянной основе. Эти полномочия распределяются между судьями соответствующего суда в соответствии с принципом распределения уголовных дел.

14. На обвиняемого, содержащегося под стражей, распространяются требования статьи 95 настоящего Кодекса.

1. Заключение под стражу — самая строгая мера пресечения, которая состоит в содержании под стражей обвиняемого (подозреваемого) в целях обеспечения его надлежащего поведения (см. комм. к ст. 102).

В соответствие с п. 42 ст. 5 УПК содержание под стражей — это пребывание обвиняемого (подозреваемого) в следственном изоляторе или ином месте, определенном ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» (о порядке содержания под стражей см. комм. к ст. 95).

Заключение под стражу необходимо отличать от задержания подозреваемого и обвиняемого (ст. 91 УПК), от домашнего ареста (ст. 107 УПК) и от уголовного наказания в виде лишения свободы (ст. 56 *УК*) или ареста (ст. 54 *УК*).

2. Для избрания и применения заключения под стражу, как и для любой другой меры пресечения, необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

3. Заключение под стражу максимально ограничивает свободу и личную неприкосновенность граждан (ст. 22 Конституции РФ). В связи с этим процессуальное законодательство устанавливает особые гарантии законности и обоснованности избрания и применения этой меры пресечения (ст. 10 УПК).

1) Заключение под стражу применяется только по судебному решению (ч. 2 ст. 22 Конституции РФ; ч. 2 ст. 29 УПК). Заключение под стражу может быть применено на основе решения иностранного суда без подтверждения судом РФ при исполнении запроса о выдаче (ч. 2 ст. 466 УПК).

2) Заключение под стражу применяется при невозможности избрания другой, более легкой, меры пресечения. «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом» — гласит ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах. Согласно п. 6.1 Токийских правил, «предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера при условии должного учета интересов расследования предполагаемого правонарушения и защиты общества и жертвы».

3) Специальным условием избрания и применения заключения под стражу является обвинение (подозрение) в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок более 2 лет. То есть по преступлениям небольшой тяжести (ч. 2 ст. 15 *УК*), данная мера пресечения, как правило, не применяется.

Данное условие нуждается в ограничительном толковании. Заключение под стражу может применяться только тогда, *когда реально возможно назначение наказания в виде лишения свободы, как правило, более чем на 2 года* (о соблюдении этого условия см. комм. к ч. 2 ст. 97). Конституционный Суд РФ подчеркивает, что «не допускается заключение под стражу», если лицу не может быть назначено наказание в виде лишения свободы»[1]. Об отсутствии данного условия (и невозможности заключения под стражу) свидетельствует следующее:

а) недостаточная обоснованность обвинения (подозрения), например, явно «завышенные» квалификация преступления, объем обвинения или недостаточно установленная причастность данного лица к совершению преступления. Для заключения лица под стражу необходимы доказательства виновности, обладающие достаточной

[1] См. Определение КС РФ от 21.12.2000 г. № 296-О.

силой. При откровенной слабости доказательств совершения лицом преступления обвинитель не должен рассматривать заключение его под стражу. Где же искать критерий силы доказательств, достаточных для заключения под стражу? Очевидно, доказательства должны быть настолько содержательными, чтобы давать в состязательном процессе логическую пищу для спора сторон. Если ее нет, то нет и оснований для дела. Значит, для правомерного заключения под стражу обвинение должно как минимум представить доказательства, которые ведут к *однозначному* логическому выводу о виновности обвиняемого, пока их не оспорит сторона защиты. Это то, что в английском процессе называют «prima facie evidence» — доказательства, убедительные на первый взгляд. Именно они достаточны в состязательном суде и для предъявления первоначального обвинения, и для заключения под стражу. Если защита в дальнейшем опровергнет или поставит под серьезное сомнение эти доказательства, данная мера пресечения должна отменяться судом.

В российской судебной практике возникла проблема: должен ли следователь представлять суду доказательства виновности подозреваемого или обвиняемого для избрания в отношении него меры пресечения в виде заключения под стражу. Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (п. 4) запрещает судье во время рассмотрения ходатайства о заключении под стражу входить в обсуждение вопроса о виновности лица в инкриминируемом ему преступлении. Напротив, в п. 14 действующего постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» судье предлагается учесть, что «наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста». Из сопоставления названных разъяснений вытекает, что судье предлагается, *не предрешая* вопроса о виновности, выяснить, имеются ли у стороны обвинения доказательства, которые достаточны для серьезного *предположения* о совершении данным лицом преступления.

Конституционный Суд РФ многократно подтверждает, что именно на суде лежит обязанность оценки обоснованности подозрения о совершении данным лицом преступления, в связи с которым оно заключается под стражу в качестве подозреваемого[1].

Европейский Суд по правам человека также указывает, что разумные основания подозрения (наличие фактов или информации, убеждающих объективного наблюдателя в том, что подозреваемый мог совершить преступление) являются неотъемлемой частью гарантий от произвольного ареста или заключения под стражу[2].

О наличии доказательств виновности как условие для избрания меры пресечения см. комм. к ст. 97 и 100;

б) когда санкция уголовно-правовой нормы формально предусматривает наказание большее чем 2 года лишения свободы, однако в силу прямого требования закона суд обязан его уменьшить при: смягчающих обстоятельствах (ст. 62 *УК*); неокончен-

---

[1] См. определения КС РФ от 12.07.2005 г. № 330-О; от 4.12.2003 г. № 417-О.

[2] См. постановления Европейского Суда от 30.08.90 г. по делу «Фокс, Кэмпбелл и Хартли против Соединенного Королевства», от 27.08.92 г. по делу «Томази против Франции», от 28.10.94 г. по делу «Мюррей против Соединенного Королевства», от 19.05.2004 г. по делу «Гусинский против Российской Федерации».

ном преступлении (ст. 66 *УК*); незначительной степени участия лица в совершении преступления (ст. 67 *УК*); согласии обвиняемого с предъявленным обвинением (ч. 2 ст. 316 УПК).

Например, наказание за покушение на совершение преступления не может превышать $^3/_4$ максимально возможного (ч. 3 ст. 66 *УК*). Если максимально возможное наказание 2 года лишения свободы, то реально возможное — 1,5 года. Следовательно, при обвинении лица в покушении на совершение такого преступления заключение под стражу по общему правилу не допускается.

4. В качестве исключения заключение под стражу может быть избрано и при обвинении (подозрении) в совершении преступления, за которое грозит наказание в виде лишения свободы менее чем 2 года, в одном из четырех случаев:

1) обвиняемый (подозреваемый) не имеет постоянного места жительства на территории РФ (о толковании данного условия см. комм. к ч. 2 ст. 91; п. 1 ст. 102);

2) не установлена личность обвиняемого или подозреваемого. Это означает, что на момент избрания меры пресечения у лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, есть разумные сомнения в личности обвиняемого или подозреваемого (в т.ч. отсутствуют или имеют признаки подделки документы, удостоверяющие личность, о своей личности обвиняемый отказывается дать показания или дает ложные показания). При этом были приняты возможные меры к установлению личности (истребованы документы, назначены экспертизы, проведены опознания, допросы свидетелей, оперативно-розыскные мероприятия по установлению родственников, знакомых обвиняемого и т.д.);

3) обвиняемый (подозреваемый) нарушил ранее избранную меру пресечения. Для наличия этого условия требуется, чтобы ему было предъявлено постановление (определение) об избрании меры пресечения, он дал обязательство о надлежащем поведении и нарушил его;

4) обвиняемый (подозреваемый) скрылся от органов расследования или суда. Это условие предполагает, что он знал о привлечении его в качестве обвиняемого (подозреваемого) и умышленно скрылся. Данное условие отсутствует, когда гражданин уезжает в отпуск, командировку, на новое место жительства и не предполагает, что его разыскивают по уголовному делу.

Указанные четыре исключения составляют исчерпывающий перечень и должны быть установлены с помощью уголовно-процессуальных доказательств.

5. К несовершеннолетним обвиняемым и подозреваемым заключение под стражу «применяется лишь в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода времени». При этом содержание под стражей по возможности должно быть заменено другими альтернативными мерами (ст. 13 Пекинских правил, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29.11.85 г. № 40/33).

Несовершеннолетний обвиняемый (подозреваемый) может быть заключен под стражу только при условии, что он обоснованно обвиняется (подозревается) в совершении *умышленного* преступления, за которое может быть назначено наказание свыше 5 лет лишения свободы. При этом следует учитывать реальную возможность назначения ему такого наказания (см. п. 3(3) комм. рассматриваемой статьи).

В исключительных случаях заключение под стражу применяется к несовершеннолетнему и при наличии в отношении него обвинения (подозрения) в совершении преступления средней тяжести, т.е. при реальной возможности назначения ему нака-

зания от 2 до 5 лет лишения свободы по умышленным преступлениям и свыше 2 лет лишения свободы по неосторожным (ч. 3 ст. 15 *УК*).

Исключительными случаями следует признавать только четыре ситуации, указанные в ч. 1 комм. статьи. Иное толкование ухудшит положение несовершеннолетних по сравнению с совершеннолетними обвиняемыми (подозреваемыми), что противоречит смыслу специальной нормы, содержащейся в ч. 2 комм. статьи.

6. В ст. 108 УПК предусмотрена процедура принятия решения об избрании заключения под стражу. Эта процедура применяется для избрания домашнего ареста (ст. 107), для применения принудительной меры воспитательного характера (ст. 427), для перевода содержащегося под стражей в психиатрический стационар (ст. 435).

7. В досудебных стадиях ходатайство об избрании заключения под стражу возбуждают прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора, о чем выносится мотивированное постановление (приложение 101 к ст. 476 УПК) (о мотивированности см. комм. к ст. 101).

Перед дачей согласия прокурору предписывается в необходимых случаях лично допросить лицо, подлежащее заключению под стражу, а несовершеннолетнего — в обязательном порядке[1].

К постановлению прилагаются те материалы, которые, по мнению лица, заявившего ходатайство, будет достаточно для подтверждения наличия условий, оснований, мотивов избрания заключения под стражу и подтверждения невозможности избрания другой меры пресечения. Среди этих материалов должны быть копии: постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т.п.). В тех случаях, когда в уголовном деле защитник не участвует и об этом не сделана запись в протоколе допроса в качестве подозреваемого или обвиняемого, к материалам дела прилагается письменное заявление подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника[2].

Постановление о возбуждении ходатайства с приложениями незамедлительно направляется в районный (гарнизонный военный) суд. Если подозреваемый или обвиняемый задержан в порядке ст. 91—92 УПК, то судья должен получить указанные материалы не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания.

8. Ходатайство об избрании заключения под стражу рассматривается единолично судьей районного (гарнизонного военного) суда по месту предварительного расследования в течение 8 часов с момента поступления ходатайства в суд.

В судебном заседании одновременно могут быть рассмотрены ходатайства об избрании меры пресечения в отношении нескольких подозреваемых или обвиняемых по одному уголовному делу, однако это не освобождает суд от обязанности мотивировать свое решение в отношении каждого лица[3].

---

[1] См. п. 6.1 приказа Генпрокуратуры РФ от 5.07.2002 г. № 39 в ред. от 16.03.2006.

[2] См. п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 5.03.2004 г. № 1.

[3] См. Определение КС РФ от 23.05.2006 г. № 154-О.

Судебное заседание, согласно п. 50, 51, 52 ст. 5 УПК, является судебным разбирательством, поэтому к нему применяются общие требования гл. 35 УПК в части, не противоречащей специальным правилам комм. статьи.

В судебном заседании участвуют обвиняемый (подозреваемый), защитник, прокурор. Наряду с прокурором может участвовать следователь и дознаватель. Представляется, что с учетом ч. 6 ст. 108 УПК в досудебном производстве следователь или дознаватель могут участвовать в заседании и *вместо* прокурора. Этот вывод подкрепляется тем обстоятельством, что должностное лицо органа дознания или следователь вправе быть даже государственным обвинителем (п. 6 ст. 5).

Законный представитель обвиняемого (подозреваемого) также имеет право участвовать в судебном заседании. Для обеспечения указанных прав защитник и законный представитель должны быть уведомлены о времени и месте рассмотрения дела.

Рассмотрение ходатайства об избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей проводится в открытом судебном заседании, за исключением случаев, указанных в ч. 2 с. 241 УПК (п. 11 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г.).

Избрание заключения под стражу, как правило, носит неотложный характер (см. комм. к ст. 157), поэтому неявка участников процесса (кроме обвиняемого или подозреваемого) не является препятствием для рассмотрения ходатайства. Участие защитника в заседании должно быть обеспечено органами уголовного преследования, если в установленном порядке не принят отказ от защитника.

В судебной практике допускается продление сроков задержания как для явки вновь назначенного защитника (п. 7 постановлении Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г.), так и для обеспечения явки законного представителя[1].

9. Часть 4 ст. 108 предусматривает норму о недопустимости «заочного ареста». По общему правилу в судебном заседании о рассмотрении ходатайства об избрании заключения под стражу *обязательно* участие самого обвиняемого (подозреваемого). Запрет заочного ареста направлен на реализацию международно-правовой нормы: *каждое лицо, подвергнутое задержанию или аресту, незамедлительно доставляется к судье* (ч. 3 ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Если подозреваемый или обвиняемый не доставлен в судебное заседание для участия в рассмотрении ходатайства о его заключения под стражу, суд отказывает в удовлетворении ходатайства. Такой отказ не препятствует повторному обращению с аналогичным ходатайством после создания условий для обеспечения явки подозреваемого, обвиняемого (п. 5 постановления Пленума ВС РФ от 5.03.2004 г.).

По сложившейся судебной практике обязанность извещения сторон о времени и месте рассмотрения ходатайства возлагается на должностных лиц, обратившихся с ходатайством, «поскольку именно эти лица уже имеют процессуальную связь с необходимыми участниками рассмотрения ходатайства» и с учетом сжатых сроков способны обеспечить их явку по согласованию с судьей в назначенное им время[2].

---

[1] См.: Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева. М., 2004. С. 390.

[2] См. определение СК по УД Камчатского областного суда // Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева. М., 2004. С. 396.

Чтобы в судебном заседании обеспечить участие разыскиваемого обвиняемого, закон предусматривает: а) его задержание на срок до 48 часов, если обвиняемый объявлен в розыск (ч. 3 ст. 210 УПК) (см. комм. к ст. 91); б) привод обвиняемого, который в розыск не объявлен (см. комм. к ст. 113).

Если задержание произведено вне места предварительного расследования, то ходатайство о заключении его под стражу может быть рассмотрено судом по месту задержания. Для этого следователь должен с помощью средств связи передать тому органу, который обнаружил обвиняемого, необходимые материалы для судебного заседания, или прибыть к месту задержания лично.

Однако указанные меры еще не полностью приспособлены для обеспечения очности судебного заседания. Например, в отношении обвиняемого следователь возбудил ходатайство об избрании заключения под стражу, а этот обвиняемый по медицинским показаниям не может присутствовать в суде (находится в реанимации после силового захвата). В таких случаях не предусмотрены ни задержание (т.к. обвиняемый в розыск не объявлен), ни привод (т.к. нет неявки его по вызову без уважительных причин)[1]. Подобного рода ситуации служат причиной для исключений из запрета «заочного ареста».

10. Закон предусматривает следующие исключения из запрета «заочного ареста»:

а) когда обвиняемый объявлен в международный розыск (ч. 5 ст. 108 УПК). Объявление в международный розыск регулируется подзаконными нормативными актами[2]. Международный розыск объявляется в случаях наличия достоверных данных о выезде в другие страны лица, уклоняющегося от уголовной ответственности и отбывания наказания. Основанием для международного розыска является мотивированный запрос ОВД, направленный в Национальное центральное бюро Интерпола. Учет разыскиваемых лиц ведется в Главном информационном центре МВД РФ (подробнее о розыске см. комм. к ст. 210);

б) в отношении скрывшегося обвиняемого в судебном производстве суд вправе рассмотреть ходатайство о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу без него (ч. 2 ст. 238 УПК);

в) решение о заключении под стражу лица для его выдачи по запросу иностранного государства может быть принято прокурором на основе иностранного судебного решения, в т.ч. и заочного (ч. 2 ст. 466 УПК);

г) когда обвиняемый находится на стационарной судебно-психиатрической экспертизе или имеются иные обстоятельства, исключающие возможность его доставления в суд, допускается продление срока заключения под стражу в отсутствие обвиняемого (ч. 13 ст. 109 УПК).

---

[1] Подобные пробелы закона на практике иногда восполняют так: стараются как можно дольше не выносить постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого, чтобы сразу же по его выздоровлении задержать в качестве подозреваемого. Такое решение проблемы, в действительности, противоречит смыслу закона.

[2] Постановлением Правительства РФ от 14.10.96 г. № 1190 «Об утверждении Положения о Национальном центральном бюро Интерпола» (в ред. от 29.05.2006); Типовым положением о территориальном подразделении (филиале) Национального центрального бюро Интерпола, приказом МВД РФ от 03.06.97 № 333 (в ред. от 28.02.2000 г.) и др. Данные подзаконные акты могут применяться в части, не противоречащей УПК РФ (в частности, ч. 5 ст. 108).

Исключения из запрета заочного ареста не противоречат праву каждого задержанного незамедлительно предстать перед судом, т.к. после реального исполнения и применения заключения под стражу обвиняемый (подозреваемый) вправе подать жалобу и участвовать в ее рассмотрении в вышестоящем суде[1]. При этом обвиняемый (подозреваемый) имеет право принести жалобу вне зависимости от фактического исполнения принятого решения о заключении под стражу[2]. При рассмотрении ходатайства о заключении под стражу или продлении его срока в отсутствие обвиняемого в судебном заседании требуется обеспечить участие защитника, который вступает в дело вне зависимости от факта предъявления обвинения (п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК).

Процессуальный закон содержит существенный пробел, поскольку не запрещает «заочный арест» подозреваемого, если он не задержан в порядке ст. 91—92 УПК. С учетом возможности приостановления дела в отношении подозреваемого (ст. 208 УПК) для органов расследования существует «соблазн» заключить под стражу именно подозреваемых. Для этого им необходимо как можно дольше не выносить постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого в отношении лица, уклоняющегося от явки. Это грубо нарушит право на защиту, когда фактически обвиняемый длительное время будет пребывать в статусе подозреваемого, теоретически обладая меньшим объемом прав на защиту. В результате вместо исключительности избрания меры пресечения в отношении подозреваемого (ст. 100 УПК) на практике это может превратиться в правило, причем для самой строгой меры пресечения. При этом неизбежно будут нарушаться условия для избрания мер пресечения (доказанность обвинения). В данном случае необходимо исходить из приоритетных норм Конституции РФ и международного права и не допускать заочного ареста подозреваемых.

11. Судебное заседание осуществляется по общим правилам. При этом первым выступает прокурор или следователь (дознаватель), возбудивший ходатайство. Затем заслушиваются другие явившиеся лица. Согласно принципу состязательности (ст. 15 УПК) сторона защиты должна иметь возможность заблаговременно познакомиться с ходатайством и подтверждающими его материалами[3]. Как подчеркивает Конституционный Суд РФ, отказ защитнику в ознакомлении с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к подозреваемому или обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу, не допускается[4]. Такое ознакомление производится в разумное время, но в пределах установленного законом срока для рассмотрения судом соответствующего ходатайства об избрании обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо о продлении срока его содержания под стражей[5].

Закон не предусматривает производства следственных действий в этом судебном заседании, однако должны быть в соответствии с требованием устности (ст. 240 УПК) оглашены материалы, подтверждающие ходатайство об избрании заключения под стражу. Сторона защиты вправе представить свои материалы, опровергающие необходимость в заключении под стражу. В судебном заседании при рассмотрении ходатай-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 10.12.98 г. № 27-П.

[2] См. Постановление КС РФ от 03.05.95 г. № 4-П.

[3] См. Определение КС РФ от 21.12.2000 г. № 285-О.

[4] См. Определение КС РФ от 12.05.2003 г. № 173-О.

[5] См. п. 11 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г.

ства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу или продления срока содержания под стражей должен вестись протокол[1].

12. В результате рассмотрения ходатайства судья выносит одно из трех предусмотренных комм. статьей постановлений. Часть 1 комм. статьи дополнительно указывает на требование мотивированности постановления об избрании заключения под стражу (о требованиях к постановлению об избрании меры пресечения см. комм. к ст. 101 УПК).

Отказывая в удовлетворении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, судья вправе по собственной инициативе избрать в отношении подозреваемого или обвиняемого меру пресечения в виде залога или домашнего ареста по правилам, предусмотренным соответствующими статьями УПК.

Постановление о продлении срока задержания допускается неоднократно, но в целом не более чем на 72 часа (в дополнение к 48 часам основного срока задержания) при одновременном соблюдении следующих условий:

1) при признании судом задержания законным и обоснованным (об этом см. комм. к ст. 91, 94);

2) при ходатайстве об этом одной из сторон, а не по инициативе суда. Если соответствующая просьба отсутствует, то судья должен принять решение о мере пресечения: вынести постановление об отказе в удовлетворении ходатайства об избрании заключения под стражу и освободить задержанного; или об избрании этой меры пресечения;

3) при необходимости и возможности представления органами уголовного преследования дополнительных доказательств обоснованности избрания заключения под стражу или желания стороны защиты представить доказательства необоснованности этой меры. На обвиняемого не возлагается бремя доказывания необоснованности мер принуждения, это его право. Поэтому задержание продляется тогда, когда следователь докажет, что еще за 72 часа он сможет получить конкретные доказательства, обосновывающие искомую им меру пресечения. Если же за истекающие 48 часов задержания следователь не принимал никаких мер для получения таких доказательств, то подозреваемый должен быть освобожден;

4) при невозможности избрания более мягкой меры пресечения, чем заключение под стражу. Соблюдение данного условия обеспечивается неотложностью ситуации, когда освобождение подозреваемого или обвиняемого реально повлечет невосполнимые утраты для дела (сокрытие этих лиц, уничтожение следов).

Продлевая срок задержания, судья обязан указать дату и время, до которого продлен срок. При непоступлении в установленный срок дополнительных доказательств судья в повторном заседании на основе ранее поступивших материалов разрешает ходатайство по существу[2].

Сама по себе возможность продления срока задержания не противоречит международным стандартам в сфере обеспечения прав человека, если это решение принимается судом.

13. Постановление судьи исполняется при его провозглашении и направляется следователю (дознавателю), который возбудил ходатайство, прокурору, обвиняемому

---

[1] См. разъяснения ВС РФ по применению УПК РФ // http://supcourt.ru.

[2] См. п. 6 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г.

(подозреваемому). Его защитник и законный представитель вправе получить копию постановления по их просьбе (ч. 2 ст. 101 УПК). Копия решения суда должна быть направлена и начальнику места содержания под стражей.

14. При отказе в удовлетворении ходатайства о заключении под стражу повторное возбуждение такого ходатайства в отношении того же лица и по тому же обвинению (подозрению) возможно только при возникновении новых обстоятельств, которые не были предметом обсуждения в первом судебном заседании (факты ненадлежащего поведения обвиняемого (подозреваемого), предъявление более тяжкого обвинения и др.). Пленум ВС РФ от 05.03.2004 г. (п. 5) к таким обстоятельствам относит обеспечение явки в суд подозреваемого или обвиняемого, если в удовлетворение ходатайства об избрании заключения под стражу было отказано в связи с отсутствием подозреваемого или обвиняемого в судебном заседании.

15. В судебных стадиях до обращения приговора к исполнению решение о заключении под стражу выносит суд, принявший дело к производству (ст. 255 УПК). В стадии подготовки дела к разбирательству это решение не может быть принято вне судебного заседания (ст. 231), поэтому оно принимается в порядке, предусмотренном ст. 108 или в ходе предварительного слушания (ст. 234). В судебном разбирательстве заключение под стражу избирается в порядке, предусмотренном ст. 256 УПК.

Решение о мере пресечения суд принимает по ходатайству стороны. УПК РФ (ч. 10 ст. 108) разрешает суду избрать меру пресечения в виде заключения под стражу и по собственной инициативе. Данная норма нуждается в ограничительном толковании в силу принципа состязательности. Состязательность предполагает, что суд действует в рамках требования (обвинения, иска, жалобы, ходатайства) стороны (ч. 3 ст. 15 УПК). Такой же вывод содержится в Постановлении КС РФ от 14.01.2000 г. № 1-П. Поэтому представляется, что суд не должен избирать заключение под стражу при наличии против этого возражений со стороны обвинения (прокурора, потерпевшего, гражданского истца). Это связано и с правом обвинителя отказаться от обвинения или его части. Такой отказ уменьшает обвинение и в соответствующих случаях исключает избрание заключения под стражу.

Рассматривая данную проблему, КС РФ подчеркнул, что само по себе право суда ставить и решать по собственной инициативе вопрос об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей не противоречит Конституции РФ, т.к. не освобождает суд от обязанности выслушать мнения сторон, а стороны не могут быть лишены возможности привести свои доводы[1].

16. Особая процедура предусмотрена для заключения под стражу лиц, обладающих служебным иммунитетом (ст. 450 УПК).

17. Часть 11 комм. статьи предусматривает специальные правила обжалования решения об избрании заключения под стражу. Эти правила имеют приоритет перед общими нормами (гл. 43, 45 УПК).

Кассационная жалоба или представление подается в течение 3 суток со дня вынесения решения в судебную коллегию по уголовным делам суда второго звена через районный суд. Суд кассационной инстанции принимает решение по жалобе или представлению не позднее 3 суток со дня их поступления. Время пересылки жалобы или

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П.

представления не учитывается. Обжалование решения не приостанавливает его исполнения.

При этом возможно использование общего порядка обжалования. Так, если мера пресечения избрана мировым судом во время судебного производства, то его решение обжалуется по правилам апелляции (гл. 44 УПК), но с соблюдением установленного в комм. статье 3-суточного срока рассмотрения жалобы[1]. Решение кассационной инстанции может быть пересмотрено в надзорном производстве (гл. 48 УПК). В досудебном производстве обвиняемый вправе принести следователю ходатайство о том, чтобы следователь вынес постановление о возбуждении перед судом ходатайства об отмене (изменении) меры пресечения в виде заключения под стражу. При отказе следователя обвиняемый может обжаловать его решение прокурору или в суд в порядке ст. 123—126 УПК.

18. О месте содержания под стражей, а также об изменении места содержания под стражей ведущий процесс орган незамедлительно уведомляет: родственников обвиняемого (подозреваемого), командование воинской части (если обвиняемый или подозреваемый является военнослужащим), посольство или консульство того государства, гражданином которого является обвиняемый (подозреваемый), защитника обвиняемого (подозреваемого). С учетом требований ст. 96 УПК незамедлительность уведомления предполагает меньший срок, чем 12 часов (подробнее об уведомлении см. комм. к ст. 96).

19. Следователь, дознаватель или прокурор обязаны принять меры попечения об иждивенцах обвиняемого (подозреваемого) и по обеспечению сохранности его имущества, о чем уведомляется обвиняемый или подозреваемый (ст. 160 УПК).

20. Часть 13 комм. статьи содержит запрет специализации судей на рассмотрении ходатайств органов расследования об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Распределение данных полномочий производится по правилам подсудности (см. комм. к ст. 31*)*.

О значении установленного запрета см. комм. к ст. 62.

СТАТЬЯ 109
СРОКИ СОДЕРЖАНИЯ ПОД СТРАЖЕЙ

1. Содержание под стражей при расследовании преступлений не может превышать 2 месяца.

2. В случае невозможности закончить предварительное следствие в срок до 2 месяцев и при отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения этот срок может быть продлен судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня в порядке, установленном частью третьей статьи 108 настоящего Кодекса, на срок до 6 месяцев. Дальнейшее продление срока может быть осуществлено в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, только в случаях особой сложности уголовного дела и при наличии оснований для избрания этой меры пресечения судьей того же суда по ходатайству следователя, внесенному с согласия прокурора субъекта Российской Федерации или приравненного к нему военного прокурора, до 12 месяцев.

---

[1] См. п. 12. постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г.

3. Срок содержания под стражей свыше 12 месяцев может быть продлен лишь в исключительных случаях в отношении лиц, обвиняемых в совершении особо тяжких преступлений, судьей суда, указанного в части третьей статьи 31 настоящего Кодекса, или военного суда соответствующего уровня по ходатайству следователя, внесенному с согласия Генерального прокурора Российской Федерации или его заместителя, до 18 месяцев.

4. Дальнейшее продление срока не допускается. Обвиняемый, содержащийся под стражей, подлежит немедленному освобождению, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 1 части восьмой настоящей статьи.

5. Материалы оконченного расследованием уголовного дела должны быть предъявлены обвиняемому, содержащемуся под стражей, и его защитнику не позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, установленного частями второй и третьей настоящей статьи.

6. Если после окончания предварительного следствия материалы уголовного дела были предъявлены обвиняемому и его защитнику позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, то по его истечении обвиняемый подлежит немедленному освобождению. При этом за обвиняемым и его защитником сохраняется право на ознакомление с материалами уголовного дела.

7. В случае, если после окончания предварительного следствия сроки для предъявления материалов данного уголовного дела обвиняемому и его защитнику, предусмотренные частью пятой настоящей статьи, были соблюдены, однако 30 суток для ознакомления с материалами уголовного дела им оказалось недостаточно, следователь с согласия прокурора субъекта Российской Федерации вправе не позднее чем за 7 суток до истечения предельного срока содержания под стражей возбудить ходатайство о продлении этого срока перед судом указанным в части третьей статьи 31 настоящего Кодекса или военным судом соответствующего уровня. Если в производстве по уголовному делу участвует несколько обвиняемых, содержащихся под стражей, и хотя бы одному из них 30 суток оказалось недостаточно для ознакомления с материалами уголовного дела, то следователь вправе возбудить указанное ходатайство в отношении того обвиняемого или тех обвиняемых, которые ознакомились с материалами уголовного дела, если не отпала необходимость в применении к нему или к ним заключения под стражу и отсутствуют основания для избрания иной меры пресечения.

8. Ходатайство о продлении срока содержания под стражей должно быть представлено в суд не позднее чем за 7 суток до его истечения. Судья не позднее чем через 5 суток со дня получения ходатайства принимает в порядке, предусмотренном частями четвертой, восьмой и одиннадцатой статьи 108 настоящего Кодекса, одно из следующих решений:

1) о продлении срока содержания под стражей до момента окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела и направления прокурором уголовного дела в суд, за исключением случая, предусмотренного частью шестой настоящей статьи;

2) об отказе в удовлетворении ходатайства следователя и освобождении обвиняемого из-под стражи.

9. Срок содержания под стражей в период предварительного следствия исчисляется с момента заключения подозреваемого, обвиняемого под стражу до направления прокурором уголовного дела в суд.

10. В срок содержания под стражей также засчитывается время:

1) на которое лицо было задержано в качестве подозреваемого;

2) домашнего ареста;

3) принудительного нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре по решению суда;

4) в течение которого лицо содержалось под стражей на территории иностранного государства по запросу об оказании правовой помощи или о выдаче его Российской Федерации в соответствии со статьей 460 настоящего Кодекса.

11. По истечении предельного срока содержания под стражей в случаях, предусмотренных пунктом 4 части десятой настоящей статьи, и при необходимости производства предварительного расследования суд вправе продлить срок содержания лица под стражей в порядке, установленном настоящей статьей, но не более чем на 6 месяцев.

12. В случае повторного заключения под стражу подозреваемого или обвиняемого по тому же уголовному делу, а также по соединенному с ним или выделенному из него уголовному делу срок содержания под стражей исчисляется с учетом времени, проведенного подозреваемым, обвиняемым под стражей ранее.

13. Рассмотрение судом ходатайства о продлении срока содержания обвиняемого под стражей в его отсутствие не допускается, за исключением случаев нахождения обвиняемого на стационарной судебно-психиатрической экспертизе и иных обстоятельств, исключающих возможность его доставления в суд, что должно быть подтверждено соответствующими документами. При этом участие защитника обвиняемого в судебном заседании является обязательным.

14. В случае, предусмотренном частью тринадцатой настоящей статьи, судья выносит постановление о рассмотрении вопроса о продлении срока содержания под стражей в отсутствие обвиняемого с указанием причин, по которым присутствие обвиняемого невозможно.

1. Для самой строгой меры пресечения — заключения под стражу — установлен специальный срок применения с тем, чтобы максимально ограничить лишение свободы человека, считающегося невиновным. Об общем сроке действия меры пресечения см. комм. к ст. 97, 100.

Комм. статья определяет срок содержания под стражей в стадии предварительного расследования. В судебном производстве срок содержания под стражей установлен в ст. 255 УПК. Содержание под стражей происходит и при задержании подозреваемого (п. 42 ст. 5), однако срок задержания регулируется ст. 94.

Срок содержания под стражей следует отличать от сроков предварительного следствия и дознания (ст. 162, 223 УПК).

2. По общему правилу, согласно презумпции невиновности и правилу о толковании сомнений в пользу обвиняемого (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК), срок предварительного заключения не должен быть больше минимального срока лишения свободы как потенциально возможного уголовного наказания, могущего быть назначенного судом (2 месяца по ч. 2 ст. 56 *УК*). Предварительное заключение не должно предвосхищать наказание в виде лишения свободы — указывает Европейский Суд по правам человека[1] (об этом см. комм. к ч. 2 ст. 97).

[1] См. решение по делу Кеммаша от 27.11.91 г.

Первоначально срок содержания под стражей в стадии предварительного расследования составляет 2 месяца. Дальнейшее продление срока предусмотрено до 6 месяцев (еще на 4 месяца) в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 108 УПК при невозможности:

а) закончить предварительное следствие в 2-месячный срок. Невозможность закончить расследование должна быть обусловлена особенностями дела (большим количеством эпизодов, соучастников и др.), а не особенностями следователя (отпуск, болезнь, занятость другими делами);

б) избрания иной, более мягкой меры пресечения. Следователь должен доказать это обстоятельство, а не голословно ссылаться на отсутствие оснований для избрания другой меры пресечения.

Указанные условия должны соблюдаться и при последующих продлениях сроков содержания под стражей. Как подчеркивает Конституционный Суд РФ, при каждом продлении сроков содержания под стражей необходимо наличие общих условий, оснований и мотивов для избрания меры пресечения в виде заключения под стражу[1] (см. об этом комм. к ст. 108).

3. Дальнейшее продление срока содержания под стражей допускается до 12 месяцев в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 108 УПК, при соблюдении следующих дополнительных условий:

а) с согласия прокурора субъекта РФ или приравненных к нему военного прокурора или прокурора специализированной прокуратуры на подачу в суд соответствующего ходатайства следователя;

б) заключенному под стражу предъявлено обоснованное обвинение в совершении умышленного преступления, за которое ему грозит реальное наказание более 5 лет лишения свободы (ч. 4 ст. 15 *УК*);

в) данное уголовное дело представляет особую сложность (в силу необходимости: производства значительного количества следственных действий, выезда в другую местность, направления запроса о правовой помощи иностранного государства, помещения обвиняемого в медицинский стационар для проведения экспертизы и др.).

4. Продление срока от 12 до 18 месяцев допускается в особом порядке при наличии следующих условий: а) в исключительных случаях; б) при обоснованном обвинении в совершении умышленного преступления, за которое реально грозит наказание более 10 лет лишения свободы (ч. 5 ст. 15 *УК*); в) при согласии Генерального прокурора РФ или его заместителя, для получения которого не позднее 30 суток до истечения годичного срока представляются в Генеральную прокуратуру соответствующие материалы с заключением коллегии прокуратуры субъекта РФ или приравненной к ней прокуратуры[2]; г) решение принимается судьей суда уровня субъекта РФ.

Решение о продлении срока принимается в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК. В соответствие с ч. 8 этой статьи копия решения суда направляется начальнику места содержания под стражей.

5. Дальнейшее продление срока содержания под стражей допускается только для ознакомления обвиняемого с материалами оконченного предварительного следствия.

Истечение срока содержания под стражей является основанием для освобождения обвиняемого. Об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу должно

---

[1] См. Определение от 25.12.98 г. № 167-О; Постановление от 13.06.96 г. № 14-П.

[2] См. п. 7.2 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 05.07.2002 г. № 39.

быть вынесено постановление (определение) суда, прокурора, следователя или дознавателя (ч. 2 ст. 110 УПК). Однако даже и без вынесения такого решения обвиняемый подлежит освобождению в связи с истечением срока применения данной меры пресечения. Механизм освобождения предусмотрен ч. 3 ст. 94 УПК и ч. 2—3 ст. 50 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» и состоит в следующем. Не позднее чем за 24 часа до истечения срока содержания под стражей начальник места содержания под стражей обязан уведомить об этом ведущий процесс орган, а также прокурора, которым предписано освободить всякого содержащегося под стражей свыше установленного срока (ч. 2 ст. 10 УПК). Если по истечении срока содержания под стражей решение об освобождении или о продлении срока (сообщение об этом решении) не поступило, то начальник места содержания под стражей освобождает обвиняемого своим постановлением. Об освобождении обвиняемого начальник места содержания под стражей уведомляет орган, ведущий данное дело.

6. При наличии соответствующих оснований, условий и мотивов в отношении освобожденного обвиняемого может быть избрана другая мера пресечения.

7. Не позднее 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, установленного ч. 2 и 3 комм. статьи (т.е. по *буквальному смыслу* закона соответственно: 6-, 12- или 18-месячного срока содержания под стражей) материалы оконченного следствия предъявляются содержащемуся под стражей обвиняемому и его защитнику в порядке ст. 217 УПК. Если это было сделано позднее, то дальнейшее продление предельного срока содержания под стражей невозможно. По истечении этого срока обвиняемый освобождается. При этом его право на ознакомление с делом не ограничивается.

Представляется, однако, что 6- и 12-месячные сроки, указанные в ч. 2 и названные в ч. 5 комм. статьи *предельными*, можно считать таковыми лишь *локально*, т.е. в том случае, если отсутствуют или не возникают законные условия для их «обычного» продления. Например, 6-месячный срок содержания под стражей не может быть продлен, если лицо не обвиняется в совершении тяжкого преступления либо дело не представляет особой сложности — в силу полного и всестороннего выяснения всех необходимых обстоятельств дела и т.д. Напротив, если в порядке ч. 1 ст. 219 УПК по ходатайству тех или иных участников процесса следователь должен существенно дополнить материалы уголовного дела, выполнив большой объем следственных действий, перепредъявить обвинение в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, появляются необходимые условия и для продления срока содержания обвиняемого под стражей свыше 6 месяцев (особая сложность дела, обвинение в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления), т.е. этот срок перестает считаться «предельным». В подобных случаях, на наш взгляд, продление срока содержания под стражей более 6 (а при соблюдении соответствующих условий — и 12) месяцев с целью ознакомления обвиняемого и защитника с материалами дела свыше 30 суток может осуществляться не в порядке ч. 7 комм. статьи, а в «обычном» порядке, установленном ее ч. 2 или 3.

8. Части 7—8 комм. статьи предусматривают особый порядок продления предельного срока содержания под стражей для ознакомления обвиняемого с материалами оконченного предварительного следствия. Этот порядок применяется при наличии следующих условий:

а) ознакомление с делом началось не позднее 30 суток до истечения предельного срока;

б) обвиняемому и его защитнику недостаточно предоставленного времени (30 суток) для ознакомления с делом. При этом не может служить основанием для продления срока: занятость, болезнь или отпуск следователя (в силу которых он сам ограничил возможность для ознакомления с делом, например, одним часом в день). В то же время допускается продление срока содержания под стражей в силу необходимости ознакомления с делом других обвиняемых;

в) наличие оснований, условий и мотивов для продолжения применения меры пресечения в виде заключения под стражу, при невозможности избрания другой меры пресечения (ч. 1, 2 ст. 108, ч. 2, 3 ст. 109, ст. 97, 99 УПК)[1].

9. Не позднее 7 суток до истечения предельного срока содержания под стражей следователь с согласия прокурора уровня субъекта РФ представляет в суд уровня субъекта РФ ходатайство о продлении срока, а суд в течение 5 суток либо освобождает обвиняемого, либо продляет срок содержания под стражей до окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с делом. При этом в срок содержания под стражей включается время нахождения дела у прокурора для утверждения обвинительного заключения (5 суток — ст. 221 УПК).

10. По сравнению с аналогичными нормами УПК РСФСР (ст. 97), в новом Кодексе не установлено конкретного максимального срока, свыше которого содержание под стражей в силу необходимости ознакомления с делом недопустимо. Это «компенсирует» возможность обвиняемого неограниченно долго знакомиться с материалами дела (ст. 217 УПК РФ).

В то же время данная норма нуждается в ограничительном толковании, ибо «бесконечно» срок содержания под стражей продлеваться не может. Такое толкование вытекает из права «быть судимым без неоправданной задержки»[2]. Неограниченное по сроку содержание под стражей не должно приобретать характер санкции за использование обвиняемым своих процессуальных прав и понуждать тем самым к отказу от них, — подчеркивает Конституционный Суд РФ[3].

В связи с этим суд, продляя срок содержания под стражей, обязан установить конкретную дату его окончания по аналогии с правилами, предусмотренными ч. 3 ст. 217 УПК. Эта дата должна быть указана в пределах соответствующей просьбы следователя[4].

11. Отдельно решается вопрос о продлении предельного срока содержания под стражей, если он истек во время пребывания лица на территории иностранного государства, по запросу об оказании правовой помощи или о выдаче Российской Федерации. При необходимости производства в отношении такого лица предварительного расследования суд вправе продлить срок содержания его под стражей, но не более чем на 6 месяцев (ч. 11 ст. 109 УПК).

12. Срок содержания под стражей в стадии предварительного расследования исчисляется с момента фактического лишения свободы передвижения обвиняемого (подозреваемого) до направления прокурором дела в суд (см. комм. к ст. 128).

---

[1] См. Определение КС РФ от 25.12.98 г. № 167-О; Постановление КС РФ от 13.06.96 г. № 14-П.

[2] См. п. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Римской конвенции, принцип 38 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9.12.88 г., п. 6.2 Токийских правил).

[3] См. Определение КС РФ от 25.12.98 г. № 167-О.

[4] См. определение СК по УД ВС РФ № 87-003-2 по делу Жернова и Смирнова.

13. В срок содержания под стражей засчитывается календарное время, в течение которого по всем соединенным в одно производство делам обвиняемый (подозреваемый) находился: в качестве задержанного в порядке ст. 91—92 (п. 42 ст. 5 УПК); под домашним арестом (ст. 107); в медицинском или психиатрическом стационаре (ст. 203, 435 УПК); под стражей на территории иностранного государства по запросу РФ о его выдаче (ст. 460 УПК).

14. При повторном заключении под стражу обвиняемого (подозреваемого) срок содержания под стражей исчисляется с учетом времени, проведенном им под стражей ранее по этому же делу, по соединенному и выделенному делу. Это правило применяется вне зависимости от того, было ли ранее дело: прекращено, приостановлено, возвращено прокурором в порядке ст. 221 или судом в порядке ст. 237 УПК.

15. При возвращении уголовного дела следователю прокурором для дополнительного расследования (п. 3 ч. 1 ст. 221) или прокурору судом (ст. 237 УПК) срок содержания обвиняемого под стражей устанавливается на общих основаниях. Поэтому если срок не был продлен, то он продлевается по ст. 109 или 255 УПК соответственно. При истечении предельного срока содержания под стражей или при отсутствии решения суда о продлении срока по иным причинам обвиняемый освобождается в связи с истечением срока содержания под стражей, а заключение под стражу как мера пресечения отменяется или изменяется.

16. Решение о продлении срока содержания под стражей может быть обжаловано в кассационном порядке в течение 10 суток со дня его вынесения (приложение 3 к ст. 477 УПК).

17. Части 13 и 14 комм. статьи предусматривают исключения из «запрета заочного ареста» (см. о нем комм. к ч. 4—5 ст. 108), когда суд вправе рассмотреть вопрос о продлении срока заключения под сражу в отсутствие обвиняемого.

Эти исключения допускаются лишь в отношении обвиняемого, который уже содержится под стражей. Если данная мера пресечения еще не была избрана судом, то такой обвиняемый может быть задержан на срок до 48 часов для доставления его в суд (см. комм. к ст. 91, 210). Срок содержания под стражей подозреваемого продлению не подлежит (ст. 100 УПК).

Причины, по которым невозможно присутствие обвиняемого в судебном заседании, должны быть *объективными и исключать возможность доставления обвиняемого* (нахождение обвиняемого в медицинском стационаре; медицинские показания; непреодолимая сила в виде стихийного бедствия, массовых беспорядков или карантина в следственном изоляторе и др.). При подтверждении указанных случаев соответствующими документами суду надлежит рассмотреть такое ходатайство в порядке, предусмотренном ч. 4 ст. 108 УПК[1].

В то же время представляется, что неорганизованность правоохранительных органов, вызванная субъективными факторами, не может служить основанием для заочного судебного заседания (например, опоздание конвоя). Обстоятельства, исключающие возможность доставления обвиняемого, должны быть доказаны органами уголовного преследования.

В заочном судебном заседании обязательно участие защитника, которое обеспечивается органами предварительного расследования (ст. 50, ч. 3 ст. 51 УПК). Этот

[1] См. п. 10 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г. № 1.

случай дополняет содержание ст. 51 УПК. При неявке в судебное заседание защитника суд не вправе рассматривать ходатайство о продлении срока по существу.

О рассмотрении ходатайства в отсутствие обвиняемого судья выносит отдельное постановление (приложение 4 к ст. 477 УПК).

СТАТЬЯ 110
ОТМЕНА ИЛИ ИЗМЕНЕНИЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. Мера пресечения отменяется, когда в ней отпадает необходимость, или изменяется на более строгую или более мягкую, когда изменяются основания для избрания меры пресечения, предусмотренные статьями 97 и 99 настоящего Кодекса.

2. Отмена или изменение меры пресечения производится по постановлению дознавателя, следователя, прокурора или судьи либо по определению суда.

3. Мера пресечения, избранная в ходе досудебного производства прокурором, а также следователем, дознавателем по его письменному указанию, может быть отменена или изменена только с согласия прокурора.

1. Основаниями отмены меры пресечения являются:

1) признание незаконным или необоснованным первоначального решения об избрании меры пресечения. Как правило, это происходит при рассмотрении соответствующих жалоб вышестоящей инстанцией. Например, решение об избрании меры пресечения вынесено лицом, подлежащим отводу. Отмена меры пресечения по этому основанию обосновывает право обвиняемого (подозреваемого) на возмещение причиненного вреда этой мерой пресечения (ч. 3 ст. 133);

2) отпадение необходимости в ее применении. Это может быть связано с достижением целей меры пресечения (надлежащего поведения обвиняемого или подозреваемого), отпадением оснований (ст. 97) или мотивов (ст. 99) ее применения. Например, обвиняемый заболел тяжкой болезнью и нет оснований опасаться процессуальных нарушений с его стороны;

3) отпадение общих условий для применения меры пресечения. Мера пресечения отменяется при:

— прекращении уголовного дела и уголовного преследования конкретного лица (ст. 213, 239),

— постановлении оправдательного приговора или приговора, не связанного с назначением наказания (ст. 306, 311),

— обращении обвинительного приговора к исполнению (ч. 4 ст. 390, ст. 393),

— приостановлении уголовного дела (кроме меры пресечения в отношении скрывшегося обвиняемого) (см. комм. к ст. 210, 238),

— наличии оснований для прекращения дела по нереабилитирующим основаниям (в связи с: актом амнистии или помилования, истечением срока давности, деятельным раскаянием, примирением с потерпевшим, применением принудительных мер воспитательного воздействия), когда обвиняемый возражает против прекращения дела и производство по нему продолжается[1];

---

[1] См. определение КС РФ от 21.12.2000 г. № 296-О.

4) отпадение специальных условий для применения конкретных мер пресечения:

— истечение 10- или 30-суточного срока применения меры пресечения в отношении подозреваемого, когда ему не было предъявлено обвинение (ст. 100),

— отказ обвиняемого, поручителей, залогодателей от своих обязательств при применении психолого-принудительных мер пресечения (ст. 102—106),

— прекращение статуса военнослужащего при наблюдении командования воинской части (ст. 104),

— достижение совершеннолетия при присмотре за несовершеннолетним обвиняемым (ст. 105),

— истечение срока содержания под стражей (и, как представляется, под домашним арестом — см. комм. к ст. 107, 109),

— превышение времени содержания под стражей (домашним арестом, в медицинском или психиатрическом стационаре) срока реально возможного наказания (ст. 109).

2. Мера пресечения изменяется на более строгую при появлении дополнительных обстоятельств, более точно устанавливающих: а) возможность совершения обвиняемым (подозреваемым) процессуального нарушения; б) неспособность прежней меры пресечения обеспечить надлежащее поведение обвиняемого или подозреваемого (ст. 97, 99 УПК). Например, когда обвиняемый нарушает условия ранее избранной меры пресечения. Так, согласно ч. 2 ст. 238 УПК, суд *обязательно* избирает заключение под стражу в отношении скрывшегося обвиняемого, не содержащегося под стражей.

Мера пресечения может быть изменена на более строгую для необходимости исполнения приговора, когда реально возможное наказание существенно отягощается (предъявление более тяжкого обвинения, вынесение приговора с назначением наказания в виде реального лишения свободы на длительный срок).

3. Мера пресечения изменяется на более мягкую при наличии общих оснований, условий и мотивов для ее избрания (ст. 97, 99 УПК), когда прежняя, более строгая, мера пресечения отменяется в связи: а) с отменой вышестоящей инстанцией; б) с отпадением необходимости в применении; в) с отпадением специальных условий. Например, вместо заключения под стражу избирается подписка о невыезде в связи с истечением срока содержания под стражей.

4. Решение об отмене или изменении меры пресечения оформляется мотивированным постановлением дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определением суда по делам, находящимся в их производстве.

Кроме того, прокурор дополнительно вправе отменить или изменить меру пресечения при утверждении обвинительного заключения или обвинительного акта (ст. 221, 226 УПК), при рассмотрении соответствующей жалобы (ст. 124 УПК) или дать указание следователю и дознавателю об отмене или изменении меры пресечения. Однако при несогласии следователя с указанием или решением прокурора об отмене или изменении меры пресечения, избранной следователем, последний вправе представить дело вышестоящему прокурору с письменным изложением своих возражений (п. 4 ч. 3 ст. 38 УПК).

Кроме как по находящимся в своем производстве делам, суд вправе отменить меру пресечения при рассмотрении жалобы заинтересованных лиц в порядке ст. 125, в апелляционном, кассационном и надзорном порядке.

5. Следователь и дознаватель могут отменить или изменить меру пресечения, избранную прокурором или по его письменному указанию, только при согласии прокурора. Это правило не распространяется на отмену меры пресечения в связи отпадением общих или специальных оснований для ее применения. Например, при прекращении дела отменяется любая мера пресечения.

6. В связи с тем, что с 10.07.2003 г. ч. 4 комм. статьи утратила силу[1], меру пресечения, избранную по судебному решению, может отменить не только суд, но и прокурор, следователь дознаватель в вышеуказанном порядке.

ГЛАВА 14. ИНЫЕ МЕРЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

СТАТЬЯ 111
ОСНОВАНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ИНЫХ МЕР ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

1. В целях обеспечения установленного настоящим Кодексом порядка уголовного судопроизводства, надлежащего исполнения приговора дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе применить к подозреваемому или обвиняемому следующие меры процессуального принуждения:

1) обязательство о явке;

2) привод;

3) временное отстранение от должности;

4) наложение ареста на имущество.

2. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, дознаватель, следователь, прокурор или суд вправе применить к потерпевшему, свидетелю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику и (или) понятому следующие меры процессуального принуждения:

1) обязательство о явке;

2) привод;

3) денежное взыскание.

1. Меры процессуального принуждения — это предусмотренные УПК решения и действия органов, ведущих производство по делу, ограничивающие права остальных участников процесса помимо их воли. К иным мерам процессуального принуждения не относятся задержание подозреваемого (гл. 12 УПК), меры пресечения (гл. 13).

2. В комм. статье указан не исчерпывающий перечень иных мер процессуального принуждения. В него также следует включить: обращение залога в доход государства (ч. 4 ст. 106, ч. 6 ст. 118); помещение обвиняемого (подозреваемого) в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ст. 203, 435); меры воздействия за нарушение порядка в судебном заседании (ст. 258). С применением принуждения связано производство большинства следственных действий (обыск, выемка, освидетельствование). Иногда законом предусматривается принудительное осуществление права, например обязательное участие защитника даже тогда, когда обвиняемый от него отказался (ч. 2 ст. 52). Принудительностью обладает и ограничение процессуальных прав (лишение обвиняемого возможности ознакомиться с мате-

[1] См. ФЗ от 04.07.2003 г. № 92-ФЗ.

риалами оконченного следствия при неявке без уважительных причин (ч. 5 ст. 215); ограничение времени ознакомления с протоколом судебного заседания (ч. 7 ст. 259).

3. Правом применения иных мер процессуального принуждения наделены органы, осуществляющие уголовное судопроизводство по данному делу. К ним в т.ч. относятся начальник следственного отдела, принявший дело к своему производству (ч. 2 ст. 39), начальник органа дознания (ст. 40, 157).

4. Общим основанием и пределом применения мер процессуального принуждения является необходимость достижения целей правосудия (обеспечение установленного порядка уголовного судопроизводства и надлежащего исполнения приговора). Меры процессуального принуждения применяются лишь при действительном или реально возможном появлении препятствий для движения дела.

Общими условиями применения мер процессуального принуждения служат: 1) наличие возбужденного уголовного дела, 2) надлежащий субъект применения (состоящий на соответствующей должности, принявший дело к своему производству, не подлежащий отводу) и 3) надлежащий объект (лица, на которые распространяется действие уголовно-процессуального закона, отсутствие у них служебного иммунитета).

Иные меры процессуального принуждения, как правило, не должны применяться до возбуждения дела, после его прекращения и после его приостановления (см. комм. к ст. 97).

5. Комм. статья классифицирует иные меры процессуального принуждения на две группы: а) применяемые к обвиняемому и подозреваемому (ч. 1 ст. 111); б) применяемые к потерпевшему, свидетелю гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику и (или) понятому (ч. 2 ст. 111). Следует иметь в виду, что перечень участников процесса здесь не исчерпывающий. К нему добавляются поручители, лица, взявшие под присмотр несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого), присяжный заседатель (см. комм. к ст. 117).

Для наложения ареста на имущество (ст. 115—116) это деление носит условный характер. Может быть арестовано имущество не только обвиняемого и подозреваемого, но и других гражданских ответчиков (см. комм. к ст. 54, 115).

6. Иные меры процессуального принуждения принято классифицировать по основаниям и целям их применения:

1) меры *последующего* принуждения являются последствием нарушения процессуальных норм — процессуальной ответственностью нарушителя. Основанием их применения служит уголовно-процессуальное правонарушение. Дополнительно по целям применения последующее принуждение делится на *карательное* (цель — возложение ответственности на виновного) и *восстановительное или меры защиты* (цель — не столько возложить ответственность, сколько восстановить нарушенный правопорядок). К карательным мерам процессуального принуждения относятся всего две: наложение денежного взыскания в случаях неисполнения участниками судопроизводства процессуальных обязанностей, а также нарушения ими порядка в судебном заседании (ст. 117—118); обращение в доход государства залога, внесенного в виде меры пресечения (п. 4 ст. 106). Восстановительными мерами являются привод (ст. 113), преодоление сопротивления при обыске, освидетельствовании и др.;

2) *предупреждающее* принуждение связано с предотвращением возможного в будущем нарушения процессуального порядка. Такое принуждение применяется без вины обязанных лиц и именуется превентивно-обеспечительным. Основанием его

применения служит обоснованное предположение о возможном процессуальном нарушении. К этой группе относятся обязательство о явке (ст. 112), наложение ареста на имущество (ст. 115), временное отстранение от должности (ст. 114), помещение обвиняемого в медицинский стационар для производства судебной экспертизы (ст. 203). Обеспечительный характер имеет и «потенциальное» принуждение при производстве следственных действий.

СТАТЬЯ 112
ОБЯЗАТЕЛЬСТВО О ЯВКЕ

1. При необходимости у подозреваемого, обвиняемого, а также потерпевшего или свидетеля может быть взято обязательство о явке.

2. Обязательство о явке состоит в письменном обязательстве лица, указанного в части первой настоящей статьи, своевременно являться по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд, а в случае перемены места жительства незамедлительно сообщать об этом. Лицу разъясняются последствия нарушения обязательства, о чем делается соответствующая отметка в обязательстве.

1. Обязательство о явке — это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, сущность которой состоит в письменном разъяснении обязанности являться по вызову. Эта мера является психолого-принудительной, поэтому она основана на обязательстве самого участника процесса, которое дается добровольно (п. 3.4 Токийских правил, принятых Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 г. № 45/110).

2. Обязательство о явке следует отличать от подписки о невыезде и надлежащем поведении (ст. 102 УПК).

В соответствие с п. 9.2.8 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при ВС РФ от 29.04.2003 г. № 36, после вынесения приговора, но до его вступления в законную силу от осужденного отбирают подписку о явке в уголовно-исполнительную инспекцию, которая служит аналогом обязательства о явке.

3. Обязательство о явке отбирается прежде всего у тех участников процесса, чье личное участие в деле незаменимо: подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля. Они не только обязаны являться по вызову, но и могут быть подвергнуты приводу. Кроме того, обязательство о явке можно отобрать и у других участников процесса, на которых также возложена обязанность являться по вызову: гражданского ответчика (п. 1 ч. 3 ст. 54 УПК); эксперта (п. 6 ч. 4 ст. 57); специалиста (ч. 4 ст. 58); переводчика (п. 3 ч. 4 ст. 59); понятого (ч. 4 ст. 60). Однако обязательство о явке можно взять и от представителей гражданского истца, ответчика, защитника и др. При этом они не дают обязательства сообщать о перемене места жительства и им разъясняются особые последствия неявки. Например, при неявке без уважительных причин представителя гражданского истца иск может быть оставлен без рассмотрения (ч. 3 ст. 250), при неявке защитника он может быть заменен (ч. 3 ст. 50).

4. Обязательство о явке применяется при наличии общих условий для действия мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111, 97). Однако разъяснение обязанности явиться может быть сделано и до возбуждения дела, а также после приостановления дела.

5. Основанием для применения обязательства о явке служит предположение о том, что подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, свидетель могут не явиться по вызову. Это предположение не требует наличия уголовно-процессуальных доказательств. В отношении подозреваемого и обвиняемого обязательство о явке отбирается тогда, когда нет оснований для избрания меры пресечения (ст. 97).

6. Процессуальный порядок применения обязательства о явке включает в себя: принятие решения об этом, получение письменного обязательства, разъяснение последствий его нарушения.

7. Решение о применении обязательства о явке не требуется оформлять в виде постановления или определения.

8. Должностное лицо, осуществляющее уголовное судопроизводство, составляет письменный документ — обязательство о явке, в котором участник процесса дает обещание: своевременно являться по вызову, заблаговременно уведомлять об уважительных причинах неявки, незамедлительно уведомлять о перемене места жительства или регистрации.

При отказе дать обязательство о явке целесообразно составить протокол, фиксирующий факты разъяснения обязанностей участнику процесса и его отказ дать обязательство. Такой протокол будет одним из доказательств оснований применения последующих мер процессуального принуждения.

9. В тексте обязательства делается отметка о разъяснении последствий неявки по вызову. Для подозреваемого и обвиняемого — это привод, избрание меры пресечения. Для потерпевшего и свидетеля — это привод, денежное взыскание. Нарушение процессуальных обязанностей может повлечь не только уголовно-процессуальную ответственность, но и административную (ст. 17.7 *КоАП* «Невыполнение законных требований прокурора, следователя, дознавателя»).

СТАТЬЯ 113
ПРИВОД

1. В случае неявки по вызову без уважительных причин подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший и свидетель могут быть подвергнуты приводу.

2. Привод состоит в принудительном доставлении лица к дознавателю, следователю, прокурору или в суд.

3. При наличии причин, препятствующих явке по вызову в назначенный срок, лица, указанные в части первой настоящей статьи, незамедлительно уведомляют орган, которым они вызывались.

4. Постановление дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определение суда о приводе перед его исполнением объявляется лицу, которое подвергается приводу, что удостоверяется его подписью на постановлении или определении.

5. Привод не может производиться в ночное время, за исключением случаев, не терпящих отлагательства.

6. Не подлежат приводу несовершеннолетние в возрасте до четырнадцати лет, беременные женщины, а также больные, которые по состоянию здоровья не могут оставлять место своего пребывания, что подлежит удостоверению врачом.

7. Привод производится органами дознания на основании постановления дознавателя, следователя, прокурора, а также судебными приставами по обеспечению установленного порядка деятельности судов — по поручению суда.

1. Привод — это восстановительная мера уголовно-процессуального принуждения, состоящая в принудительном доставлении в органы расследования или суд для участия в процессуальных действиях лиц — источников показаний, не явившихся по неуважительной причине.

Данную меру уголовно-процессуального принуждения следует отличать от сходных мер, обеспечивающих производство по административному делу: доставления (ст. 27.2 *КоАП*) и привода (ст. 27.15 *КоАП*), меры ответственности в исполнительном производстве в виде привода (ст. 87 ФЗ от 21.07.97 г. «Об исполнительном производстве»).

2. Приводу подвергаются только те участники процесса, для которых это прямо предусмотрено законом.

3. Привод применяется при наличии общих условий для действия мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111, 97).

4. Основанием для привода являются доказательства о том, что:

а) участник процесса знал, что его вызывают (корешок повестки с его подписью, расписка в протоколе судебного заседания, уведомление почтового учреждения об отказе получить повестку, рапорт или протокол допроса нарочного (лица, доставлявшего повестку) (о порядке вызова см. комм. к ст. 188);

б) участник процесса не явился в назначенный срок (протокол процессуального действия, справка);

в) отсутствовали уважительные причины неявки.

Уважительными причинами неявки являются: несвоевременное получение повестки, болезнь (ст. 146 УПК РСФСР), стихийное бедствие, длительный непредвиденный перерыв в движении транспорта, болезнь члена семьи или наличие малолетних детей при невозможности поручить кому-либо уход за ними и др. О наличии причин, препятствующих явке, вызываемое лицо обязано заблаговременно уведомить тот орган, которым они вызывались (ч. 3 ст. 113 УПК). Поэтому отсутствие уважительных причин неявки предполагается, если есть доказательства о том, что лицо знало о вызове.

Действующий УПК, в отличие от прежнего законодательства (ст. 147 УПК РСФСР), не предусматривает привода без предварительного вызова. В то же время такой привод обвиняемого (подозреваемого) иногда может быть необходим. Например, для доставления не находящегося в розыске обвиняемого в судебное заседание, на котором принимается решение об избрании в отношении него меры пресечения в виде заключения под стражу или домашнего ареста (см. комм. к ч. 4 ст. 108).

5. О приводе следователь, дознаватель, прокурор или судья выносит мотивированное постановление, а суд — определение. Копия этого решения остается в деле, а подлинник направляется для исполнения в стадии предварительного расследования соответствующему органу дознания, указанному в ч. 1 ст. 40 УПК (ч. 7 ст. 113, ч. 4 ст. 38), в судебном производстве — судебному приставу по обеспечению установленного порядка деятельности судов (ч. 7 ст. 113). В судебных стадиях процесса правом применять привод наделен только суд[1].

6. Исполнение привода регулируется ведомственными нормативными актами: инструкциями «О порядке осуществления привода» (утв. приказом МВД РФ от 21.06.2003 г. № 438)[2]; «О порядке исполнения судебными приставами распоряжений

---

[1] См. Определение КС РФ от 25.12.2003 г. № 511-О.

[2] РГ. 11.07.2003.

председателя суда, судьи или председательствующего в судебном заседании» (утв. приказом Минюста РФ от 03.08.99 г. № 226).

Привод исполняют ОВД и судебные приставы по обеспечению установленного порядка деятельности судов, как правило, по месту фактического проживания лиц, уклоняющихся от явки.

После установления личности лица, подлежащего приводу, ему объявляется постановление о приводе, что удостоверяется его подписью в постановлении. Об обстоятельствах, препятствующих исполнению привода, а также о фактах неповиновения сообщается органу, вынесшему постановление (определение) о приводе.

Применение физической силы или специальных средств допускается только для пресечения правонарушения (неповиновения, сопротивления законным требованиям сотрудника милиции или судебного пристава).

После исполнения постановления (определения) о приводе сотрудник милиции, его осуществивший, получает от инициатора привода расписку с указанием времени исполнения.

Судебный пристав составляет письменный отчет об исполнении привода (п. 5.7 и Приложение 5 к Инструкции «О порядке исполнения судебными приставами распоряжений председателя суда, судьи или председательствующего в судебном заседании»).

7. Исполнение привода запрещено в ночное время, т.е. в период с 22 до 6 часов по местному времени (п. 21 ст. 5 УПК), кроме случаев, не терпящих отлагательства (о них см. комм. к ст. 157; ч. 5 ст. 165).

8. Не подлежат приводу несовершеннолетние в возрасте до 14 лет, беременные женщины, а также больные, которые по состоянию здоровья не могут оставлять место своего пребывания. Наличие и тяжесть болезни должны быть установлены путем доказывания (справка врача).

Несовершеннолетние до 14 лет и беременные женщины не могут доставляться принудительно. При их согласии явиться в органы расследования или суд они могут сопровождаться. При этом им должны быть разъяснены последствия неявки и невыполнения требований сотрудника милиции и судебного пристава (см. комм. к ст. 112).

Привод лица от 14 до 16 лет производится с уведомлением его законных представителей либо администрации по месту его работы или учебы. Иной порядок привода несовершеннолетних допускается лишь в случаях, когда это оговорено в постановлении (определении) о приводе на основании ч. 4 ст. 188 УПК (см. комм. к ней).

9. Проникновение в жилище против воли проживающих в нем лиц допускается по судебному решению или в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК.

10. Решение о приводе и действия по его исполнению могут быть обжалованы заинтересованными лицами прокурору или в суд (гл. 16 УПК).

СТАТЬЯ 114
ВРЕМЕННОЕ ОТСТРАНЕНИЕ ОТ ДОЛЖНОСТИ

1. При необходимости временного отстранения от должности подозреваемого или обвиняемого дознаватель, следователь с согласия прокурора возбуждает перед судом по месту производства предварительного расследования соответствующее ходатайство, за исключением случая, предусмотренного частью пятой настоящей статьи.

2. В течение 48 часов с момента поступления ходатайства судья выносит постановление о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности или об отказе в этом.

3. Постановление о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности направляется по месту его работы.

4. Временное отстранение подозреваемого или обвиняемого от должности отменяется на основании постановления дознавателя, следователя, прокурора, когда в применении этой меры отпадает необходимость.

5. В случае привлечения в качестве обвиняемого высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) и предъявления ему обвинения в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления Генеральный прокурор Российской Федерации направляет Президенту Российской Федерации представление о временном отстранении от должности указанного лица. Президент Российской Федерации в течение 48 часов с момента поступления представления принимает решение о временном отстранении указанного лица от должности либо об отказе в этом.

6. Временно отстраненный от должности подозреваемый или обвиняемый имеет право на ежемесячное пособие, которое выплачивается ему в соответствии с пунктом 8 части второй статьи 131 настоящего Кодекса.

1. Отстранение от должности — это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит во временном недопущении обвиняемого или подозреваемого к выполнению своих трудовых обязанностей в целях предупреждения его попыток воспрепятствовать производству по делу или исполнению приговора.

2. Отстранение от должности применяется при наличии общих условий для действия мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111, 97).

3. Специальными условиями временного отстранения от должности являются:

а) наличие у лица процессуального статуса подозреваемого (ч. 1 ст. 46) или обвиняемого (ч. 1 ст. 47). Подозреваемый отстраняется от должности преимущественно при производстве дознания. Во время предварительного следствия представляется целесообразным применять данную меру принуждения к обвиняемому — лицу, чье участие в совершении преступления уже доказано для органов уголовного преследования (об этом см. комм. к ст. 171);

б) обладание обвиняемым статусом должностного лица. Формально понятие должностного лица дано в примечании к ст. 285 *УК*. Однако это понятие относится к субъектам должностных преступлений и не полностью раскрывает термин «должностное лицо», используемый в комм. статье. Отстранение обвиняемого от должности преследует не только цель предотвращения его попыток воспрепятствовать выяснению истины, но и обеспечить исполнение приговора (ч. 1 ст. 111 УПК). Прежде всего, данная мера обеспечивает исполнение будущего наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 47 *УК*). Поэтому *обвиняемый должен быть отстранен не только от государственной должности, но и от работы по специальности, если преступление, вменяемое ему в вину, связано с этой работой* (особенно если санкция соответствующей

статьи Особенной части *УК* предусматривает наказание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью). Например, может быть отстранен бухгалтер, обвиняемый в подделке финансовых документов; водитель, обвиняемый в преступном нарушении правил дорожного движения; программист, обвиняемый в нарушении правил эксплуатации ЭВМ;

в) в отношении обвиняемого не применены меры пресечения в виде заключения под стражу (ст. 108 УПК) или домашний арест (ст. 107 УПК). Применение данных мер пресечения обычно «автоматически» исключает выполнение обвиняемым трудовых обязанностей.

4. Основанием временного отстранения обвиняемого от должности является обоснованное предположение, что при исполнении им своих трудовых обязанностей он может совершить новое общественно опасное деяние, воспрепятствовать выяснению истины по делу, также необходимость исполнения реально возможного наказания в виде лишения права заниматься определенным видом деятельности. Это предположение должно вытекать из конкретных фактов, установленных путем доказывания.

Представляется, что в силу презумпции невиновности не может служить основанием отстранения от должности дискредитация организации, в которой работает обвиняемый, или должности, которую он занимает.

5. В досудебных стадиях для временного отстранения обвиняемого от должности (кроме высших должностных лиц) следователь (дознаватель) с согласия прокурора выносит мотивированное постановление (приложение 105 к ст. 476 УПК) о возбуждении перед судом соответствующего ходатайства. Данная мера принуждения ограничивает конституционное право на распоряжение способностями к труду и выбор профессиональной деятельности (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ), поэтому применяется только по судебному решению (п. 10 ч. 2 ст. 29 УПК).

Ходатайство рассматривается районным (или того же уровня военным) судьей (ч. 9 ст. 31 УПК) по месту производства предварительного следствия в порядке ч. 4, 6 ст. 108. Эта процедура в досудебном производстве более обеспечивает право обвиняемого на участие в рассмотрении ходатайства, чем другие (ст. 117, 165 УПК).

В течение 48 часов судья выносит постановление о временном отстранении от должности или об отказе в этом. Постановление об отстранении от должности направляется администрации по месту работы обвиняемого, которая обязана его исполнить.

Ходатайство об отстранении от должности вправе возбудить и прокурор (п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК).

6. Комм. статья прямо не предусматривает временное отстранение от должности в судебных стадиях. Однако такая возможность существует исходя из смысла данной меры принуждения и содержания ч. 2 ст. 29 УПК. Суд по делу, находящемуся в его производстве, должен иметь право по указанным в ст. 114 основаниям отстранить обвиняемого от должности как по инициативе стороны обвинения, так и по собственной инициативе (при отсутствии возражений со стороны обвинителя). При этом может использоваться по аналогии процедура избрания заключения под стражу (см. комм. к ст. 108).

7. Временное отстранение от должности отменяется по постановлению следователя, дознавателя, прокурора, судьи или определению суда, когда отпадают основания для его применения.

Отстранение от должности отменяется во всяком случае при прекращении:

а) общих условий для применения мер принуждения: прекращении уголовного дела (ст. 213, 239 УПК); постановлении оправдательного приговора или приговора, не связанного с назначением наказания (ст. 306, 311 УПК); обращении обвинительного приговора к исполнению (ч. 4 ст. 390, ст. 393 УПК); приостановлении уголовного дела; наличии оснований для прекращения дела по нереабилитирующим основаниям (в связи с: актом амнистии или помилования, истечением срока давности, деятельным раскаянием, примирением с потерпевшим, применением принудительных мер воспитательного воздействия), когда обвиняемый возражает против прекращения дела и производство по нему продолжается (см. комм. к ст. 110);

б) специальных условий для этой меры принуждения: прекращении уголовного преследования в отношении этого обвиняемого, прекращении трудовых отношений обвиняемого (ст. 77 *ТК*); заключении обвиняемого под стражу или под домашний арест.

8. Часть 5 ст. 114 предусматривает специальную процедуру отстранения от должности руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ (губернатора края, председателя правительства республики). При условии обоснованного обвинения его в совершении умышленного преступления, за которое предусмотрено наказание свыше 5 лет лишения свободы (ч. 4 ст. 15 *УК*), Генеральный прокурор РФ направляет Президенту РФ мотивированное представление о временном отстранении от должности указанного лица. Президент РФ в течение 48 часов с момента поступления представления принимает решение об отстранении от должности или об отказе в этом.

Данная процедура не соответствует принципу состязательности (ст. 15 УПК), решение принимает несудебный орган, без гарантий непосредственности, устности, без обеспечения права обвиняемому на защиту. В этом плане положение избранного губернатора является более худшим, чем положение депутата законодательного органа власти субъекта РФ.

Для отдельных категорий должностных лиц установлен особый порядок возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемых (см. комм. к ст. 447—448). При соблюдении этого порядка временное отстранение их от должности производится на общих основаниях.

9. Решение об отстранении от должности может быть обжаловано в апелляционном или кассационном порядке как самим обвиняемым, так и администрацией по месту его работы[1].

10. В постановлении о временном отстранении от должности указывается решение судьи о назначении обвиняемому (подозреваемому) государственного пособия в размере 5 МРОТ (см. комм. к п. 8 ч. 2 ст. 131). При этом следует учесть, что за отстраненным от должности прокурором и следователем прокуратуры денежное содержание сохраняется на основании ч. 1 ст. 42 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»).

11. Кроме комм. статьи, процессуальный закон предусматривает и другую процедуру отстранения от трудовой деятельности. Если по делу будет установлено, что трудовая деятельность обвиняемого (подозреваемого или его руководителя) послу-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

жила условием совершения преступления, то соответствующей администрации следователь вправе направить представление (ч. 2 ст. 158 УПК), а суд — частное определение (ч. 4 ст. 29 УПК) об устранении данного условия. При этом администрация обязана рассмотреть представление и частное определение, но не обязана отстранить от работы или уволить обвиняемого (см. комм. к ст. 158).

СТАТЬЯ 115
НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ИМУЩЕСТВО

1. Для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска, других имущественных взысканий или возможной конфискации имущества, указанного в части первой статьи 104[1] Уголовного кодекса Российской Федерации, прокурор, а также дознаватель или следователь с согласия прокурора возбуждают перед судом ходатайство о наложении ареста на имущество подозреваемого, обвиняемого или лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия. Суд рассматривает ходатайство в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса. При решении вопроса о наложении ареста на имущество для обеспечения возможной конфискации суд должен указать на конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых он принял такое решение *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

2. Наложение ареста на имущество состоит в запрете, адресованном собственнику или владельцу имущества, распоряжаться и в необходимых случаях пользоваться им, а также в изъятии имущества и передаче его на хранение.

3. Арест может быть наложен на имущество, находящееся у других лиц, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации) *(в ред. ФЗ от 27.07.2006. № 153-ФЗ)***.**

4. Арест не может быть наложен на имущество, на которое в соответствии с Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации не может быть обращено взыскание.

5. Наложение ареста на имущество производится в присутствии понятых. При наложении ареста на имущество может участвовать специалист.

6. Имущество, на которое наложен арест, может быть изъято либо передано по усмотрению лица, производившего арест, на хранение собственнику или владельцу этого имущества либо иному лицу, которые должны быть предупреждены об ответственности за сохранность имущества, о чем делается соответствующая запись в протоколе.

7. При наложении ареста на принадлежащие подозреваемому, обвиняемому денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях, операции по данному счету прекращаются полностью или частично в пределах денежных средств и иных ценностей, на которые наложен арест. Руководители банков и иных кредитных организаций обязаны предоставить информацию об этих денежных средствах

и иных ценностях по запросу суда, а также прокурора либо следователя или дознавателя с согласия прокурора.

8. При наложении ареста на имущество составляется протокол в соответствии с требованиями статей 166 и 167 настоящего Кодекса. При отсутствии имущества, подлежащего аресту, об этом указывается в протоколе. Копия протокола вручается лицу, на имущество которого наложен арест.

9. Наложение ареста на имущество отменяется на основании постановления, определения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, когда в применении этой меры отпадает необходимость.

1. Наложение ареста на имущество — это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит в ограничениях права собственности (иного вещного права) для предупреждения ее сокрытия или отчуждения с целью обеспечить исполнение приговора в части имущественных взысканий.

2. К имущественным взысканиям относятся: а) удовлетворение гражданского иска, заявленного в уголовном деле (ст. 44, 309 УПК; б) применение иной меры уголовно-правового характера в виде конфискации имущества (ст. 104^1 *УК* — введ. ФЗ от 27.07.2006 г. № 153-ФЗ); в) другие имущественные взыскания с обвиняемого или гражданского ответчика, связанные с данным уголовным делом (взыскание процессуальных издержек с осужденного — ч. 1 ст. 132 УПК, наложение денежного взыскания на законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого за неисполнение обязанностей по присмотру — ст. 117 УПК).

В судебной практике вызывает сложности ответ на вопрос о том, возможно ли наложение ареста на имущество в целях обеспечения уголовного наказания в виде штрафа[1]. Действительно, штраф — это взыскание денежное (ст. 46 *УК*), т.е. имущественное. Однако для обеспечения штрафа, назначенного в качестве *основного* наказания, отсутствует механизм принудительного взыскания денег, который мог бы потребовать обеспечения в виде их ареста. Согласно ч. 5 ст. 46 *УК*, в случае злостного уклонения от уплаты штрафа, назначенного в качестве *основного* наказания, он заменяется другим видом наказания. Иначе обстоит дело с обеспечением штрафа, назначенного в качестве *дополнительного* наказания. Согласно ч. 3 ст. 32 *УИК* в отношении осужденного, злостно уклоняющегося от уплаты штрафа, назначенного в качестве *дополнительного* наказания, судебный пристав-исполнитель производит взыскание штрафа в принудительном порядке, предусмотренном ФЗ от 21.07.97 «Об исполнительном производстве». Для обеспечения принудительного взыскания указанный Закон предоставляет приставу право самому арестовать имущество. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что применение комм. статьи возможно в целях обеспечения исполнения приговора в части взыскания штрафа, назначенного в качестве дополнительного наказания.

3. При применении наложения ареста на имущество следует учитывать гражданское и гражданско-процессуальное законодательство, т.к. эта мера принуждения связана с их предметами регулирования — имущественными отношениями.

---

[1] См. письмо Генпрокуратуры РФ от 30.03.2004 № 36-12-04 «О направлении методических рекомендаций «Основания и порядок применения временного отстранения от должности, наложения ареста на имущество и ценные бумаги, денежного взыскания» // СПС КонсультантПлюс, 2006.

4. Арест на имущество налагается при наличии общих условий для действия мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111, 97).

5. Наложение ареста на имущество допускается только при наличии одного или нескольких специальных условий, когда установлены:

1) причинение имущественного или морального вреда преступлением, заявлен гражданский иск (ст. 44 УПК). При отсутствии гражданского иска его обеспечение не должно применяться, т.к. право предъявления иска диспозитивно;

2) обстоятельства, подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации в соответствии со ст. 104[1] *УК*, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества, либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления, либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества — преступной организации (п. 8 ч. 1 ст. 73; п. 3.1 ст. 82 УПК).

Положения ст. 104[1] *УК*, касающиеся конфискации доходов от использования имущества, полученного в результате совершения преступления, применяются к правоотношениям, возникшим после 01.01.2007 г.[1];

3) реальная возможность назначения *дополнительного* наказания в виде штрафа, в т.ч. это предусмотрено соответствующей статьей Особенной части *УК* (о возможности назначения наказания см. комм. к ст. 97).

4) размер понесенных судебных издержек, которые реально могут быть возложены на обвиняемого (ст. 131—132 УПК). На законных представителей обвиняемого (подозреваемого) наложено денежное взыскание в порядке ст. 117—118 УПК.

6. Основанием наложения ареста на имущество является обоснованное предположение, что подлежащее взысканию имущество может быть сокрыто или отчуждено. Это предположение должно вытекать из конкретных фактов (попытки спрятать вещи, объявление о продаже недвижимости, отказ или уклонение от добровольного возмещения ущерба по иску, уклонение от явки, воспрепятствование выяснению истины и др.). В практике указанное основание часто презюмируется — следует только из того обстоятельства, что возможно наложение имущественного взыскания по приговору суда. Такая презумпция не способствует обоснованности применения меры принуждения, ограничивающей конституционные права граждан. Так, Конституционный Суд РФ пояснил, что применение ареста, по смыслу ст. 115 УПК, может иметь место лишь при определенных *основаниях* и *условиях*, указанных в уголовно-процессуальном законе — наличии конкретных фактических обстоятельств, предопределяющих необходимость наложения ареста на имущество[2].

7. Арест налагается на имущество, принадлежащее подозреваемому, обвиняемому или лицам, несущим материальную ответственность по закону за их действия. Этими лицами могут быть: работодатель обвиняемого или подозреваемого (ст. 1068 *ГК*), финансовые органы соответствующей казны за действия должностных лиц (ст. 1069—1071 *ГК*), законные представители не полностью дееспособных (ст. 1074, 1077 *ГК*), владелец источника повышенной опасности (ст. 1079 *ГК*). По гражданскому иску эти лица признаются гражданскими ответчиками (ст. 54 УПК) (см. комм. к ст. 54).

---

[1] См. ст. 16 ФЗ от 27.07.2006 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма» и ФЗ «О противодействии терроризму».

[2] См. Определение КС РФ от 18.11.2004 г. № 356-О.

О наложении ареста на имущество третьих лиц см. комм. к ч. 3 ст. 115.

По гражданскому иску соучастники преступления несут солидарную ответственность, поэтому в обеспечение иска их имущество может быть арестовано в любых пропорциях, но общая его стоимость не должна превышать грозящего имущественного взыскания.

8. Наложение ареста на имущество производится только по решению суда (п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК), т.к. «никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда» (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ).

В стадии предварительного расследования прокурор, а также дознаватель или следователь с согласия прокурора в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК, выносят мотивированное постановление о возбуждении ходатайства о наложении ареста на имущество (приложение 72 к ст. 476 УПК). Ходатайство рассматривается не позднее 24 часов с момента поступления единолично судьей уровня районного суда по месту производства предварительного расследования или нахождения имущества. По результатам разбирательства судья выносит соответствующее постановление. Постановление судьи исполняется органом, осуществляющим предварительное расследование. В неотложных случаях имущество может быть арестовано и без судебного разрешения (приложение 29.1 к ст. 476 УПК) (см. комм. к ст. 165).

В судебных стадиях судья, принявший дело к производству, выносит постановление о наложении ареста на имущество по ходатайству стороны обвинения (п. 5 ст. 228; ст. 230 УПК). Представляется, что при наличии указанных выше оснований и условий судья должен иметь право наложить арест на имущество и по своей инициативе, при отсутствии возражений со стороны обвинения.

Постановление о наложении ареста на имущество, вынесенное в судебном производстве, исполняется судебным приставом-исполнителем в соответствии с ФЗ от 21.07.97 г. «Об исполнительном производстве» и «О судебных приставах».

Копия постановления вручается гражданскому истцу по его просьбе об этом (п. 13 ч. 4 ст. 44 УПК). Для обжалования данного постановления с ним должен быть ознакомлен и гражданский ответчик.

9. Содержание меры принуждения в виде наложения ареста на имущество состоит в ограничении прав собственности (хозяйственного ведения или оперативного управления). При этом всегда ограничивается право распоряжения имуществом (запрет отчуждения), в некоторых случаях — право пользования имуществом (когда в результате использования утрачиваются полезные свойства вещи, например, если вещь потребляемая). Если ограничения прав по распоряжению и пользованию не могут обеспечить цели наложения ареста на имущество, то ограничивается и право владения — имущество изымается и передается на хранение другим лицам. Конкретные ограничения должны быть указаны в постановлении суда.

По общему правилу до вынесения постановления о наложении ареста на имущество должны быть установлены: а) индивидуально-определенные признаки, стоимость и местонахождение имущества, подлежащего аресту; б) принадлежность этого имущества обвиняемому (подозреваемому) или другому гражданскому ответчику. Именно это предусмотрено в бланке постановления (приложение 72 к ст. 476 УПК).

Закон не запрещает налагать арест на имущество, указывая в постановлении лишь его принадлежность и стоимость. Тогда уже после вынесения судом постановления следователь (дознаватель) или судебный пристав-исполнитель должны установить

и разыскать конкретное имущество, подлежащее аресту. Возможность установления и розыска имущества уже после принятия решения о наложении ареста на имущество подтверждается соответствующими полномочиями судебного пристава-исполнителя, а также полномочиями суда конфисковать денежную сумму взамен имущества (ст. 104^2 *УК*).

10. Подлежащее аресту имущество устанавливается и разыскивается путем производства следственных действий (обыска, выемки, осмотра, допроса), направления запросов, а также по соответствующему поручению — путем оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

11. Часть 3 ст. 115 УПК (в ред. от 27.07.2006) предусматривает возможность ареста имущества, находящегося у других лиц, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

Для уяснения смысла данной нормы необходимо различать «других лиц» как *добросовестных приобретателей* (в смысле ст. 302 *ГК*). Представляется, что именно о них говорится в ч. 3 ст. 115 УПК до союза «либо».

Это означает, что:

а) имущество принадлежит этим «другим лицам». Если установлено, что имущество принадлежит обвиняемому (подозреваемому) или иному гражданскому ответчику, то оно подлежит аресту в общем порядке вне зависимости от места нахождения;

б) «другие лица» не знали, что имущество добыто преступным путем. Иначе они подлежат уголовной ответственности как пособники по данному преступлению (ч. 5 ст. 33 *УК*) или как обвиняемые по другим преступлениям (ст. 174 *УК* — легализация денежных средств или иного имущества, приобретенных незаконным путем, ст. 174^1 *УК* — легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления; ст. 175 *УК* — приобретение или сбыт имущества, заведомо добытого преступным путем);

в) согласно ч. 3 ст. 302 *ГК*, деньги, а также ценные бумаги на предъявителя не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя.

Норма, содержащаяся в ч. 3 ст. 115 УПК, допускает такое толкование, что арест может быть наложен на имущество, находящееся у других лиц, если есть основания полагать, что оно использовалось или предназначалось для использования *этими самыми «другими лицами»* в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации). Данный смысл комм. нормы подтверждается содержанием ч. 3 ст. 104^1 *УК*, которая предусматривает, что такое имущество, переданное осужденным другому лицу (организации), подлежит конфискации, если лицо, принявшее имущество, *знало или должно было знать*, что оно получено в результате преступных действий.

В этой ситуации под «другими лицами» понимаются лица, фактически заподозренные в совершении преступления. То есть орган уголовного преследования располагает достаточными данными о том, что эти лица использовали имущество в качестве орудия преступления, финансировали терроризм и т.д. Иными словами, имеются ос-

нования для возбуждения в отношении этих лиц новых уголовных дел по ст. 174, 174[1], 175 *УК* либо привлечения их в качестве соучастников по уже расследуемому делу.

Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 27.06.2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова», необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование. Факт уголовного преследования и, следовательно, направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться проведением в отношении данного лица следственных действий и иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него. Представляется, что наложение ареста на имущество «других лиц» в связи с их причастностью к преступлениям также свидетельствует об их фактическом уголовном преследовании. Лица, в отношении которых осуществляются названные действия, должны считаться подозреваемыми в широком, содержательном, смысле слова. Широкое понимание понятия подозреваемого дает ему право немедленно воспользоваться помощью защитника, не дожидаясь формального признания за ним этого статуса какими-либо актами органов предварительного расследования.

12. Арест может быть наложен по общим правилам на вещественное доказательство или иной изъятый предмет (ст. 81 УПК), на внесенный в порядке ст. 106 залог, на задержанные в порядке ст. 185 почтово-телеграфные отправления (посылки, денежные переводы), если они принадлежат обвиняемому, подозреваемому, иному гражданскому ответчику.

13. Арест не налагается на имущество, на которое в соответствие со ст. 446 *ГПК* не может быть обращено взыскание.

14. Порядок исполнения постановления о наложении ареста на имущества аналогичен порядку производства обыска. Такое правило прямо предусматривалось в ст. 175 УПК РСФСР.

При исполнении наложения ареста на имущество должны соблюдаться общие правила производства следственных действий (ст. 164 УПК).

Исполнение наложения ареста на имущество производится в присутствии не менее двух понятых. Кроме того, в нем могут участвовать:

а) специалист (товаровед — для оценки стоимости имущества; криминалист — для обнаружения тайных хранилищ, слесарь — для вскрытия запертых дверей);

б) заинтересованные лица. Представляется, что должно обеспечиваться право представителей владельцев арестовываемого имущества (и объекта, в котором производится опись) на присутствие при принудительных поисковых действиях, фиксации признаков и изъятии имущества. Это право обеспечивается ст. 31 ФЗ «Об исполнительном производстве»;

в) иные лица (переводчик, должностное лицо органа, осуществляющего ОРД, — ст. 164 УПК).

Имущество, на которое наложен арест, может быть изъято либо передано на хранение определенным лицам по усмотрению лица, производившего арест. Это усмотрение ограничено постановлением судьи, в котором могут быть указаны конкретные ограничения права собственности.

Денежные средства в рублях и иностранной валюте, драгоценные металлы и драгоценные камни, ювелирные и другие изделия из золота, серебра, платины и металлов платиновой группы, драгоценных камней и жемчуга, а также лом и отдельные части таких изделий, обнаруженные при описи имущества, на которое наложен арест, подлежат обязательному изъятию. Передача их на хранение осуществляется в соответствие с инструкциями Банка России от 02.10.97 г. № 67 и Минфина России от 30.12.97 г. № 95н «О порядке зачисления и выдачи средств с текущих счетов по учету средств, поступающих во временное распоряжение органов предварительного следствия и дознания (Минюст. 04.2006.98 г. № 1536.)».

Вещи и иное имущество, подвергающиеся быстрой порче, изымаются и передаются для реализации немедленно (ст. 51 ФЗ «Об исполнительном производстве»).

Лицам, которым арестованное имущество передается на хранение, разъясняются их права и обязанности (например, запрет пользования), а также ответственность за сохранность имущества, в т.ч. уголовная (ст. 312 *УК*). О разъяснении делается запись в протоколе.

При исполнении ареста подлежат изъятию (копированию) правоустанавливающие документы (подтверждающие право собственности): технические паспорта на номерные вещи, гарантийные талоны на бытовую технику, товарные и кассовые чеки и др. Этим исключается неправомерный арест чужого имущества, а также опровергаются возможные ложные заявления (в т.ч. исковые) о том, что арестованное имущество принадлежит другим лицам.

15. В особом порядке исполняется наложение ареста на:

а) денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях. Постановление о наложении ареста на ценности направляется кредитной организации, которая обязана незамедлительно по получении постановления его исполнить — прекратить расходные операции по данному счету полностью или частично в пределах средств, на которые наложен арест[1]. При этом арест налагается не на сам банковский счет, а на имеющиеся на нем средства в установленных в постановлении суда пределах. Поэтому наложение ареста не влечет приостановления приходных и расходных операций по данному счету в отношении средств, на которые не наложен арест. Считается, что арест не может быть наложен и на суммы, которые в будущем поступят на счет[2]. Если на счете не хватило средств для исполнения ареста, то руководители этих организаций обязаны предоставить информацию о поступлении и наличии средств по запросу суда, прокурора, а также следователя или дознавателя с согласия прокурора. На практике целесообразно направлять требование о предоставлении информации, если средства поступят на счет, вклад или хранение. Должностным лицам кредитной организации можно поручать хранение арестованных ценностей с предупреждением их об ответственности по ст. 312 *УК*.

Ценности из индивидуальных банковских хранилищ, арендованных гражданским ответчиком, могут быть изъяты и в обычном порядке;

б) недвижимое имущество. Заверенная копия постановление суда о наложении ареста на недвижимое имущество направляется для исполнения в учреждение юсти-

---

[1] См. ст. 27 Закона РФ от 02.12.90 г. «О банках и банковской деятельности».

[2] См. письмо Банка России от 17.10.98 г. № 293-Т.

ции по государственной регистрации прав на недвижимость в 3-дневный срок[1]. Получив копию, учреждение юстиции производит государственную регистрацию ограничения права правообладателя недвижимости, о чем уведомляет его в письменной форме не позднее чем в течение 5 рабочих дней со дня регистрации. Сведения об аресте недвижимости вносятся в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним[2];

в) ценные бумаги (см. комм. к ст. 116).

16. При исполнении наложения ареста на имущество составляется протокол по правилам, предусмотренным ст. 166, 167 УПК. В протоколе отражаются индивидуально-определенные признаки арестовываемого имущества, его стоимость, факт отсутствия имущества, подлежащего аресту. В протоколе целесообразно указать, какое имущество, не подлежащее аресту, оставлено владельцу. Копия протокола вручается лицам, у которых производился арест имущества, а также лицу, которому имущество передано на ответственное хранение.

17. Наложение ареста отменяется на основании постановления ведущего процесс следователя, дознавателя, прокурора, судьи и определения суда, когда прекращаются основания для применения ареста.

Наложение ареста отменяется при отпадении:

а) общих условий для применения мер процессуального принуждения: прекращении уголовного дела или преследования конкретного лица (ст. 213, 239 УПК); постановлении оправдательного приговора (ст. 306 УПК);

б) специальных условий, необходимых для применения ареста имущества: отказе истца от гражданского иска (ч. 5 ст. 44 УПК); добровольном возмещении ущерба; отказе судом в удовлетворении иска; оставлении иска без рассмотрения (ч. 3 ст. 250; ч. 2 ст. 306 УПК); недоказанности «преступного происхождения» имущества; доказанности, что имущество принадлежит не гражданскому ответчику.

Представляется, что в силу презумпции невиновности наложение ареста на имущество не может применяться по приостановленному делу (например, 15 лет, пока не истечет срок давности за отдельные виды преступлений). При приостановлении дела, прекращении производства по гражданскому иску, оставлении его без рассмотрения уголовно-процессуальная мера принуждения в виде наложения ареста на имущество может быть заменена аналогичной гражданско-процессуальной мерой в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством (гл. 13 *ГПК*). Для этого по ходатайству гражданского истца уголовно-процессуальный арест имущества целесообразно продлить на срок, достаточный для предъявления иска в порядке гражданского судопроизводства (1 месяц).

Замена уголовно-процессуального ареста имущества гражданским процессуальным ранее уже сложилась практикой обеспечения обращения похищенных денежных средств в доход государства по приостановленным уголовным делам. Так, правоохранительным органам рекомендовалось «в целях обеспечения возмещения ущерба государству в кратчайшие сроки по приостановленным уголовным делам предъявить

---

[1] См. ст. 28 ФЗ от 21.07.97 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

[2] См. приложение № 7 к Правилам ведения реестра, утв. постановлением Правительства РФ от 18.02.98 г. № 219.

иски в судебные органы о взыскании в интересах Центрального банка России денежных средств, полученных по поддельным банковским авизо, на которые наложен арест»[1].

18. Решение и действия по наложению ареста на имущество могут быть обжалованы заинтересованными участниками процесса в порядке, предусмотренном гл. 16 УПК[2].

Третьи лица вправе подать иск об исключении имущества из описи (освобождения от ареста) в порядке гражданского судопроизводства[3].

Удовлетворение иска влечет отмену ареста конкретного имущества, а решение гражданского суда о принадлежности имущества имеет преюдициальную силу для уголовного суда. Иск об освобождении имущества от ареста может быть подан в течение срока исковой давности (3 года) даже после исполнения имущественного взыскания[4].

СТАТЬЯ 116
ОСОБЕННОСТИ ПОРЯДКА НАЛОЖЕНИЯ АРЕСТА НА ЦЕННЫЕ БУМАГИ

1. В целях обеспечения возможной конфискации имущества, указанного в части первой статьи 104[1] Уголовного кодекса Российской Федерации, либо в целях обеспечения возмещения вреда, причиненного преступлением, арест на ценные бумаги либо их сертификаты налагается по месту нахождения имущества либо по месту учета прав владельца ценных бумаг с соблюдением требований статьи 115 настоящего Кодекса *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*.

2. Не подлежат аресту ценные бумаги на предъявителя, находящиеся у добросовестного приобретателя.

3. В протоколе о наложении ареста на ценные бумаги указываются:

1) общее количество ценных бумаг, на которые наложен арест, их вид, категория (тип) или серия;

2) номинальная стоимость;

3) государственный регистрационный номер;

4) сведения об эмитенте или о лицах, выдавших ценные бумаги либо осуществивших учет прав владельца ценных бумаг, а также о месте производства учета;

5) сведения о документе, удостоверяющем право собственности на ценные бумаги, на которые наложен арест.

4. Порядок совершения действий по погашению ценных бумаг, на которые наложен арест, выплате по ним доходов, их конвертации, обмену или иных действий с ними устанавливается федеральным законом.

---

[1] См. указание Генеральной прокуратуры РФ от 18.04.97 г. № 21/7; указание МВД РФ от 17.04.97 г. № б/н. «Об организации работы по возмещению ущерба по уголовным делам о хищениях государственных средств по фиктивным банковским авизо».

[2] См. Постановление КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

[3] БВС РФ. 1994. № 4.

[4] См. постановление Пленума ВС РФ от 23.04.85 г. № 5 «О практике рассмотрения судами Российской Федерации дел об освобождении имущества от ареста (исключении из описи)» (в ред. от 25.10.96).

1. Наложение ареста на ценные бумаги производится по общим правилам, указанным в ст. 115 УПК, за исключением особенностей, предусмотренных комм. статьей.

2. Наложение ареста на ценные бумаги не обеспечивает «другие имущественные взыскания» (ч. 1 ст. 115, например, взыскание процессуальных издержек). Данная мера принуждения применяется только для обеспечения гражданского иска и конфискации имущества, указанного в ст. 104[1] *УК*. Могут быть арестованы в т.ч. ценные бумаги, хранящиеся в качестве вещественных доказательств по уголовному делу.

Наложение ареста на ценные бумаги не применяется для ограничения неимущественных прав их владельцев. Например, арест акций не ограничивает права акционера на участие в акционерных собраниях и органах управления акционерного общества. Для таких ограничений в целях пресечения процессуальных правонарушений обвиняемого используется временное отстранение от должности (см. комм. к ст. 114) или мера пресечения (ст. 97 УПК).

3. При применении наложения ареста ценные бумаги следует учитывать гражданское и гражданское процессуальное законодательство, регулирующее оборот ценных бумаг[1].

4. Ценные бумаги — это документы, удостоверяющие с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при их предъявлении (ч. 1 ст. 142 *ГК*).

В соответствие с гражданским законодательством к ценным бумагам относятся: государственная облигация, облигация, вексель, чек, депозитный и сберегательный сертификаты, банковская сберегательная книжка на предъявителя, коносамент, акция, приватизационные ценные бумаги, части двойного складского свидетельства, простое складское свидетельство и другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг (ст. 143, 912 *ГК*).

Сертификат ценной бумаги — это документальная (вещественная) форма ценной бумаги, удостоверяющая права ее владельца. Законодательством предусмотрены сертификаты акций, депозитные, сберегательные. Ценная бумага, представленная в виде сертификата, является документарной. Наложение ареста на сертификат ценной бумаги означает и арест собственно ценной бумаги.

5. Арест документарных ценных бумаг (представленных в виде «бумажного» документа) налагается по месту их нахождения. Бездокументарные ценные бумаги (зафиксированные в специальном реестре в т.ч. в виде электронной базы данных — ст. 149 *ГК*) арестовываются по месту учета прав владельца этих бумаг. Это может быть место нахождения: акционерного общества (или другого эмитента), профессиональных участников рынка ценных бумаг (регистраторов и депозитариев) или номинального держателя ценных бумаг (например, брокера)[2].

---

[1] См. *ГК*; ФЗ от 22.04.96 г. (ред. от 27.07.2006 г.) «О рынке ценных бумаг»; от 11.03.97 г. «О переводном и простом векселе»; от 29.07.98 г. (ред. от 26.12.2005 г.) «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»; от 11.11.2003 г. (ред. от 27.07.2006 г.) «Об ипотечных ценных бумагах» и другие нормативные акты.

[2] См. ФЗ от 22.04.96 г. «О рынке ценных бумаг»; постановление Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 2.10.97 г. № 27 «Об утверждении Положения о ведении реестра владельцев именных ценных бумаг».

6. В судебных стадиях исполнение постановления о наложении ареста на ценные бумаги должно осуществляться в соответствие с постановлением Правительства РФ от 12.08.98 г. № 934 «Об утверждении порядка наложения ареста на ценные бумаги». По аналогии установленные в нем правила могут применяться и в предварительном расследовании.

7. Принадлежность ценных бумаг обвиняемому (подозреваемому) или другому гражданскому ответчику устанавливается записью в самой ценной бумаге (именной или ордерной). Владелец ценных бумаг на предъявителя устанавливается по общим правилам доказывания. При этом сомнения толкуются в пользу фактического держателя ценной бумаги.

8. Не подлежат аресту ценные бумаги на предъявителя, находящегося у третьего лица — добросовестного приобретателя (ч. 3 ст. 302 *ГК*). Добросовестный приобретатель — это лицо, которое приобрело ценные бумаги, произвело их оплату и в момент приобретения не знало и не могло знать о правах третьих лиц на эти ценные бумаги, если не доказано иное (ст. 2 ФЗ «О рынке ценных бумаг»).

Арест ценных бумаг на предъявителя допускается, когда доказано одно из следующих обстоятельств: а) они принадлежат обвиняемому (подозреваемому) или иному гражданскому ответчику; б) третье лицо — фактический держатель бумаг на предъявителя — знало или должно было знать, что ценные бумаги приобретены преступным путем; в) третье лицо получило их безвозмездно (ч. 2 ст. 302 *ГК*). Если третье лицо еще не оплатило ценную бумагу на предъявителя, но должно ее оплатить, то оно все равно считается добросовестным приобретателем, т.к. момент перехода права собственности определяется моментом передачи бумаги, а не временем оплаты.

Если ценная бумага на предъявителя обладает признаками вещественного доказательства (ст. 81 УПК — например, является предметом хищения, орудием преступления), то она изымается вне зависимости от места нахождения с помощью следственных действий (обыска, выемки, осмотра) или истребования.

9. В протоколе о наложении ареста на ценные бумаги по возможности фиксируется ряд дополнительных сведений, указанных в ч. 3 ст. 116 УПК. Кроме этого в протоколе целесообразно указать рыночную стоимость ценных бумаг, т.к. она определяет количество бумаг, подлежащих аресту.

При наложении ареста на ценные бумаги и его исполнении часто требуется применение специальных познаний, в связи с чем целесообразно участие специалиста.

10. Документарные ценные бумаги могут быть переданы на хранение владельцу ценных бумаг либо изъяты и переданы на хранение специализированной организации, имеющей соответствующую лицензию. Бездокументарные ценные бумаги передаются на хранение депозитарию.

11. Копия постановления о наложении ареста на ценные бумаги, протокола о наложении ареста направляются эмитенту, держателю реестра ценных бумаг и депозитарию.

12. В настоящий момент не существует специального закона, регулирующего порядок операций с ценными бумагами, на которые наложен арест. Операции производятся по общим правилам с учетом ограничений, установленных постановлением Правительства РФ от 12.08.98 г. № 934 «Об утверждении Порядка наложения ареста на ценные бумаги». При этом запрещаются операции, затрудняющие обеспечение гражданского иска и возможной конфискации имущества.

Арест ценных бумаг не препятствует совершению эмитентом действий по их погашению, выплате по ним доходов, их конвертации или обмену на иные ценные бумаги, если такие действия предусмотрены условиями выпуска арестованных ценных бумаг.

Иные операции с арестованными ценными бумагами возможны по разрешению органа, ведущего процесс.

СТАТЬЯ 117
ДЕНЕЖНОЕ ВЗЫСКАНИЕ

В случаях неисполнения участниками уголовного судопроизводства процессуальных обязанностей, предусмотренных настоящим Кодексом, а также нарушения ими порядка в судебном заседании на них может быть наложено денежное взыскание в размере до двадцати пяти минимальных размеров оплаты труда в порядке, установленном статьей 118 настоящего Кодекса.

1. Денежное взыскание — это карательная мера процессуального принуждения, представляющая собой процессуальную санкцию за совершение уголовно-процессуального правонарушения. Уплата или принудительное взыскание денежных сумм является уголовно-процессуальной ответственностью.

Данную меру процессуального принуждения следует отличать от мер административной ответственности в виде штрафа за неисполнение: распоряжения судьи или судебного пристава о прекращении действий, нарушающих установленные в суде правила (ст. 17.3 *КоАП*); умышленное невыполнение законных требований прокурора, следователя, дознавателя (ст. 17.7 *КоАП*). Так, в судебной практике совершение однородного уголовно-процессуального нарушения исключает административную ответственность по указанным выше статьям[1].

2. Кроме цели наказания нарушителя, денежное взыскание имеет и предупредительное значение.

3. Наложение денежного взыскания производится при наличии общих условий для применения мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111).

4. Основанием наложения денежного взыскания является уголовно-процессуальное правонарушение, включающее в себя следующие элементы:

а) действие или бездействие участника процесса, нарушающее его обязанность, предусмотренную УПК, в т.ч. обязанность соблюдать порядок в зале судебного заседания;

б) вина участника процесса. Он должен знать о своей обязанности и умышленно или по неосторожности ее не выполнить. Как подчеркивает КС РФ, «наличие вины — общепризнанное основание привлечения к юридической ответственности во всех отраслях права»[2]. При наличии уважительных причин неисполнения обязанности денежное взыскание не налагается (о понятии «уважительные причины» см. комм. к ч. 1 ст. 113);

в) участник уголовного процесса должен быть субъектом уголовно-процессуального нарушения, т.е. обладать процессуальной деликтоспособностью. Он должен быть вменяемым и достичь определенного возраста. Представляется, что этот возраст — 16 лет.

---

[1] См. постановление ВС РФ от 31.01.2006 № 41-ад05-5.

[2] См. Постановление КС РФ от 27.04.2001 № 7-П; Определение КС РФ от 12.05.2005 № 186-О.

По общему правилу состав уголовно-процессуального правонарушения должен быть установлен с помощью уголовно-процессуальных доказательств. Однако один из элементов состава уголовно-процессуального нарушения — вина — презюмируется.

Как отметил КС РФ в своем постановлении 27.04.2001 г. № 7-П, применительно к сфере уголовной ответственности Конституция РФ закрепляет в ст. 49 презумпцию невиновности, т.е. возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные органы. В процессе правового регулирования других видов юридической ответственности (в т.ч. уголовно-процессуальной — мое прим. — *К.К.*) законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая при этом особенности соответствующих отношений и их субъектов.

Презумпция вины нарушителя уголовно-процессуальных норм довольно ярко демонстрируется применительно к поручителю, который освобождается от ответственности, если докажет, что он предпринял все реально возможные меры для обеспечения надлежащего поведения обвиняемого. В остальных случаях при нарушении обвиняемым условий поручительства на поручителя может быть наложено денежное взыскание (см. комм. к ст. 103).

5. Специальным условием наложения денежного взыскания является определенный статус участника процесса.

Комм. статья не устанавливает перечень участников процесса, которые могут быть подвергнуты денежному взысканию. Представляется, что денежное взыскание не может быть наложено на любых лиц, указанных в разд. 2 УПК «Участники уголовного судопроизводства»[1].

С учетом систематического, исторического толкования норм УПК и общих правил применения мер принуждения денежное взыскание не должно налагаться на:

а) должностных лиц, ведущих уголовный процесс: суд, судью, прокурора, следователя, начальника следственного отдела, начальника органа дознания, дознавателя. Они сами являются субъектами применения мер процессуального принуждения;

б) обвиняемого и подозреваемого. В системе иных мер процессуального принуждения денежное взыскание не указано среди мер, применяемых к обвиняемому и подозреваемому (ст. 111 УПК).

Согласно ч. 2 ст. 111, денежному взысканию могут быть подвергнуты потерпевший, свидетель, гражданский истец, гражданский ответчик, эксперт, специалист, переводчик и понятой. УПК прямо или косвенно предусматривает также возложение денежного взыскания на: а) личного поручителя за необеспечение им надлежащего поведения обвиняемого или подозреваемого (ч. 4 ст. 103); б) лицо, принявшее под присмотр и не обеспечившее надлежащее поведение несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого (ч. 3 ст. 105); в) лицо, присутствующее в зале судебного заседания, за нарушение порядка, неподчинение распоряжениям председательствующего или судебного пристава (ч. 1 ст. 258); г) присяжного заседателя за неявку в суд без уважительной причины (ч. 3 ст. 333)[2]; д) педагога или психолога (ст. 191, 280, 425).

---

[1] Обоснование иной точки зрения см. комм. к УПК РФ / Под общ. ред. В.В. Мозякова. М., 2002. С. 267—268.

[2] См. определение ВС РФ от 26.08.2004 г. № 1-011/03.

В судебной практике возник вопрос о том, можно ли на адвоката наложить денежное взыскание[1]. Верховный Суд РФ в одном из своих решений отвечает на него отрицательно, ссылаясь на то, что адвокат не указан в ст. 111 УПК[2]. Кроме того, дисциплинарная ответственность адвоката и принцип состязательности исключают возможность наложения на адвоката-защитника денежного взыскания.

6. Комм. статья устанавливает общий размер денежного взыскания — до 25 МРОТ. Эта норма составляет конкуренцию ч. 4 ст. 103 УПК, которая предусматривает размер взыскания, налагаемого на личного поручителя, до 100 МРОТ. Последнее правило как специальное имеет приоритет. На личного поручителя и лиц, взявших обязательства по присмотру (ч. 3 ст. 105 УПК), размер возлагаемого денежного взыскания может достигать 100 МРОТ.

Минимальный размер оплаты труда (МРОТ) — установленный ФЗ единый на всей территории РФ размер месячной заработной платы за труд неквалифицированного работника, полностью отработавшего норму рабочего времени при выполнении простых работ в нормальных условиях труда. (ст. 129 *ТК*).

СТАТЬЯ 118
ПОРЯДОК НАЛОЖЕНИЯ ДЕНЕЖНОГО ВЗЫСКАНИЯ И ОБРАЩЕНИЯ ЗАЛОГА В ДОХОД ГОСУДАРСТВА

1. Денежное взыскание налагается судом.

2. Если соответствующее нарушение допущено в ходе судебного заседания, то взыскание налагается судом в том судебном заседании, где это нарушение было установлено, о чем выносится определение или постановление суда.

3. Если соответствующее нарушение допущено в ходе досудебного производства, то дознаватель, следователь или прокурор составляет протокол о нарушении, который направляется в районный суд и подлежит рассмотрению судьей в течение 5 суток с момента его поступления в суд. В судебное заседание вызываются лицо, на которое может быть наложено денежное взыскание, и лицо, составившее протокол. Неявка нарушителя без уважительных причин не препятствует рассмотрению протокола.

4. По результатам рассмотрения протокола судья выносит постановление о наложении денежного взыскания или об отказе в его наложении. Копия постановления направляется лицу, составившему протокол, и лицу, на которое наложено денежное взыскание.

5. При наложении денежного взыскания суд вправе отсрочить или рассрочить исполнение постановления на срок до 3 месяцев.

6. В порядке, установленном частями третьей и четвертой настоящей статьи, решается вопрос об обращении в доход государства залога в случаях, предусмотренных частью четвертой статьи 106 настоящего Кодекса.

---

[1] См.: *Резник Г.* Почему на адвоката-защитника нельзя налагать денежное взыскание? // РГ. 2003. № 8.

[2] См. определение Северного флотского военного суда по делу Косолапова // Обзор судебной практики ВС РФ от 23.06.2005; СПС КонсультантПлюс, 2006.

1. Комм. статья предусматривает процедуру принятия решения о наложении денежного взыскания и обращении залога в доход государства.

Решение принимается при наличии общих условий для применения мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 111, а для залога — к ст. 97) и специальных условий и оснований, предусмотренных ст. 117 (а для залога — ст. 106 УПК).

2. При подготовке и принятии решений, предусмотренных комм. статьей, следует учитывать Инструкцию по судебному делопроизводству в районном суде, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при ВС РФ от 29.04.2003 г. № 36.

3. В судебных стадиях решение о наложении денежного взыскания принимается судом, рассматривающим данное уголовное дело в судебном заседании:

1) во время которого было допущено нарушение. Согласно ч. 2 ст. 256 УПК постановление или определение суда о наложении денежного взыскания заносится в протокол судебного заседания, а составление отдельного документа не требуется. Однако для обеспечения исполнения данного решения и права его обжалования представляется целесообразным оформлять его в виде отдельного документа. Инструкция по судебному делопроизводству предусматривает ведение отдельного производства о наложении денежных взысканий (п. 10.2), которое в данном случае приобщается к материалам дела;

2) назначаемом специально для наложения денежного взыскания, когда нарушение допущено не во время разбирательства дела (например, неисполнение обязанностей личным поручителем). Для этого заседания должны применяться по аналогии правила, предусмотренные ч. 3 ст. 118 УПК.

4. В стадии предварительного расследования решение о наложении денежного взыскания принимает районный (или соответствующего уровня — ч. 9 ст. 31 УПК) военный судья по ходатайству органов расследования.

Следователь, дознаватель или прокурор составляют протокол о нарушении по правилам ст. 166—167 УПК (приложение 99 к ст. 476). В этом протоколе должны быть отражены доказательства наличия состава уголовно-процессуального правонарушения (см. комм. к ст. 117). Протокол направляется в районный суд по месту предварительного расследования. Судья назначает судебное заседание так, чтобы протокол был рассмотрен не позднее 5 суток с момента его поступления в суд. В судебное заседание вызываются нарушитель и лицо, составившее протокол. Неявка нарушителя без уважительных причин не препятствует рассмотрению дела (см. комм. к ч. 1 ст. 113).

При наличии уважительных причин неявки нарушителя или при неявке лица, составившего протокол (следователя, дознавателя или прокурора) судебное заседание должно быть отложено. Представляется, что в силу принципа состязательности (ст. 15 УПК) при неявке по неуважительным причинам следователя, дознавателя или прокурора суд в присутствии нарушителя должен либо отказать в наложении денежного взыскания, либо оставить протокол без рассмотрения.

5. Определяя размер денежного взыскания, суд должен учесть обстоятельства уголовно-процессуального правонарушения, степень вины и особенности личности нарушителя (имущественное положение). Копии постановления направляются заинтересованным лицам вне зависимости от содержания решения.

6. В постановлении судьи указывается решение о рассрочке или отсрочке уплаты денежных сумм на срок до 3 месяцев.

7. Порядок исполнения решения суда регулируется законодательством об исполнительном производстве и инструкцией по судебному делопроизводству. При наложении денежного взыскания от нарушителя может быть отобрана подписка о добровольной уплате денежной суммы.

По истечении срока для обжалования данного решения и для добровольной уплаты суммы взыскания (не менее 10 дней, или срока рассрочки, или отсрочки) копия постановления судьи передается для принудительного исполнения подразделению судебных приставов по месту жительства привлеченного к ответственности лица, по месту его работы или месту нахождения его имущества. При добровольной уплате или поступлении копии постановления с отметкой пристава о произведенном принудительном взыскании производство считается оконченным и приобщается к уголовному делу. Если оконченное производство было заведено по делу, находящемуся в производстве органов предварительного следствия, то оно списывается в архив с визой судьи.

8. Обращение залога в доход государства происходит в вышеуказанном порядке (см. также комм. к ч. 4 ст. 106). При этом в судебное заседание вызываются обвиняемый (подозреваемый), иной залогодатель. О назначении судебного заседания извещается прокурор. Копии решения суда направляются обвиняемому (подозреваемому), иному залогодателю и органу предварительного расследования. Копия постановления судьи об обращении залога в доход государства направляется также для исполнения органу, принявшему залог, и налоговому органу — для контроля.

9. Решение суда о наложении денежного взыскания и об обращении залога в доход государства могут быть обжалованы в вышестоящий суд в кассационном порядке (ч. 5 ст. 355). В апелляционном порядке обжалуется решение мирового судьи по нарушению, допущенному в ходе судебного заседания, в котором он председательствовал.

Обжалование решения суда о наложении денежного взыскания приостанавливает его исполнение (п. 3 ч. 5 ст. 355; ч. 1 ст. 391 УПК).

РАЗДЕЛ V. ХОДАТАЙСТВА И ЖАЛОБЫ

ГЛАВА 15. ХОДАТАЙСТВА

СТАТЬЯ 119
ЛИЦА, ИМЕЮЩИЕ ПРАВО ЗАЯВИТЬ ХОДАТАЙСТВО

1. Подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший, его законный представитель и представитель, частный обвинитель, эксперт, а также гражданский истец, гражданский ответчик, их представители вправе заявить ходатайство о производстве процессуальных действий или принятии процессуальных решений для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство, или представляемого им лица соответственно.

2. Ходатайство заявляется дознавателю, следователю, прокурору либо в суд.

3. Правом заявлять ходатайство в ходе судебного разбирательства обладает также государственный обвинитель.

1. Ходатайство — официальная просьба о совершении процессуальных действий или принятии процессуальных решений, обращенная к органу дознания, дознавателю, следователю, прокурору, судье или суду.

2. Помимо указанных в комм. статье лиц правом на заявление ходатайств имеет свидетель (например, ходатайство о дополнении и об уточнении протокола допроса, которое подлежит обязательному удовлетворению,— п. 5 ч. 4 ст. 56, ч. 6 ст. 190 УПК РФ), что является новацией по сравнению с УПК РСФСР, так же как и то, что в судебном разбирательстве заявляет ходатайства прокурор (ранее он давал заключения по возникающим во время судебного заседания вопросам — ч. 1 ст. 248 УПК РСФСР). Последнее изменение подчеркивает, что прокурор в судебном разбирательстве является такой же стороной, как и сторона защиты. Кроме того, в определенных случаях ходатайство заявляют: следователь, дознаватель — о продлении до 10 суток срока проверки сообщения о преступлении (ч. 3 ст. 144), о производстве следственного действия, в случаях, предусмотренных п. 4—9 и 11 ч. 2 ст. 29 УПК, об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока содержания под стражей (ч. 3 ст. 108 УПК), начальник следственного отдела — о производстве предварительного следствия следственной группой (ч. 2 ст. 163 УПК); руководитель следственной группы — о продлении срока предварительного следствия, об избрании меры пресечения, а также о производстве следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных ч. 2 ст. 29 УПК; кандидаты в присяжные заседатели — о невозможности участия в судебном разбирательстве (ч. 5 ст. 328 УПК); специализированное учреждения для несовершеннолетних — об отмене постановления о прекращении уголовного преследования и применении принудительной меры воспитательного воздействия (ч. 5 ст. 427); администрация психиатрического стационара — о прекращении, изменении или продлении применения принудительной меры медицинского характера (ч. 1 ст. 445 УПК);

иностранные государства — о выдаче лица (ч. 5 ст. 462 УПК); гражданин РФ, осужденный к лишению свободы судом иностранного государства, либо его представитель — об отбывании наказания в РФ (ч. 1 ст. 472 УПК).

СТАТЬЯ 120
ЗАЯВЛЕНИЕ ХОДАТАЙСТВА

1. Ходатайство может быть заявлено в любой момент производства по уголовному делу. Письменное ходатайство приобщается к уголовному делу, устное — заносится в протокол следственного действия или судебного заседания.

2. Отклонение ходатайства не лишает заявителя права вновь заявить ходатайство.

1. В ряде случаев ходатайство может быть заявлено не в любой, а только в определенный момент производства по делу. Так, заявление и разрешение ходатайств о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении доказательств, полученных с нарушением требований УПК РФ в подготовительной части судебного заседания допускается только после разъяснения прав участникам процесса (ст. 271), заявление ходатайств при рассмотрении дела судом кассационной инстанции может иметь место после открытия председательствующим судебного заседания (ч. 2 ст. 377) и т.д. Заявление ходатайств в ходе судебного разбирательства не должно нарушать его порядок. Участник уголовного судопроизводства, намеренный заявить ходатайство, должен стоя обратиться к суду, выбрав такой момент, чтобы не прерывать заявлением ходатайства судебных действий и выступлений других участников процесса. В своем обращении ему следует попросить разрешения суда на заявление ходатайства.

2. Обычно ходатайство должно быть мотивированным, исключение составляют те случаи, когда особого обоснования ходатайства не требуется, т.к. оно явствует из самого его содержания (например, ходатайство обвиняемого о приглашении защитника). Следователь, дознаватель, судья могут предложить участнику процесса обосновать или уточнить заявленное им ходатайство.

СТАТЬЯ 121
СРОКИ РАССМОТРЕНИЯ ХОДАТАЙСТВА

Ходатайство подлежит рассмотрению и разрешению непосредственно после его заявления. В случаях, когда немедленное принятие решения по ходатайству, заявленному в ходе предварительного расследования, невозможно, оно должно быть разрешено не позднее 3 суток со дня его заявления.

1. В комм. статье в достаточно определенной форме установлено правило о том, что ходатайство должно быть рассмотрено и разрешено непосредственно, т.е. немедленно после его заявления. Это правило имеет значение, главным образом, для судебных стадий процесса, поскольку разрешение ходатайства, заявленного на предварительном расследовании, по усмотрению прокурора, следователя, органа дознания,

дознавателя может быть отложено на 3 суток. Суд (судья) не вправе отложить рассмотрение и разрешение ходатайства, заявленного в ходе судебного заседания (ст. 271 УПК), на более поздний этап судебного разбирательства по мотивам нецелесообразности или преждевременности его разрешения в данный момент. Он обязан, не медля, рассмотреть и разрешить ходатайство по существу. Это не лишает суд права отказать в удовлетворении ходатайства, если относимость указанных в ходатайстве обстоятельств к данному делу на момент разрешения ходатайства еще не ясна. В таком случае соответствующему участнику процесса должно быть разъяснено право заявить это ходатайство вновь (ч. 3 ст. 271). Имея в виду эту возможность председательствующий может совершить в ходе судебного разбирательства необходимые подготовительные действия (судебные следственные действия, истребование документов и т.д.).

2. Ходатайства, заявленные до начала предварительного слушания или судебного разбирательства, подлежат разрешению в ходе предварительного слушания (ч. 5 ст. 234 УПК) или в подготовительной части судебного заседания (ст. 271 УПК).

СТАТЬЯ 122
РАЗРЕШЕНИЕ ХОДАТАЙСТВА

Об удовлетворении ходатайства либо о полном или частичном отказе в его удовлетворении дознаватель, следователь, прокурор, судья выносят постановление, а суд — определение, которое доводится до сведения лица, заявившего ходатайство. Решение по ходатайству может быть обжаловано в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса.

1. Единственным основанием для отказа в удовлетворении ходатайства может быть отсутствие связи между обстоятельствами, об установлении которых ходатайствует участник процесса, и предметом доказывания по данному уголовному делу. Таким образом, ни суд, ни прокурор, следователь и дознаватель (орган дознания) не могут отказать в удовлетворении ходатайства о выяснении каких-либо обстоятельств дела ввиду того, что эти обстоятельства уже достаточно установлены, ибо заявитель может иметь в виду не только подтверждение, но и опровержение ранее исследованных обстоятельств либо их уточнение, а также дополнительное подкрепление их новыми доказательствами.

2. Определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства должно быть мотивированным (ч. 4 ст. 7 УПК). Не может считаться мотивированным отказ в удовлетворении ходатайства, если в нем не указаны законные для этого основания (см. п. 1 комм. к рассматриваемой статье). В качестве оснований для отказа недопустимы ссылки на то, что все обстоятельства, о которых ходатайствует заявитель, установлены полно и правильно либо что выяснение их на данном этапе расследования или судебного разбирательства нецелесообразно.

3. Отказ в удовлетворении любого ходатайства может быть обжалован прокурору (ст. 124 УПК) или в суд (ст. 125 УПК).

ГЛАВА 16. ОБЖАЛОВАНИЕ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ СУДА И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

СТАТЬЯ 123 ПРАВО ОБЖАЛОВАНИЯ

Действия (бездействие) и решения органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда могут быть обжалованы в установленном настоящим Кодексом порядке участниками уголовного судопроизводства, а также иными лицами в той части, в которой производимые процессуальные действия и принимаемые процессуальные решения затрагивают их интересы.

1. В УПК РФ существенно усилены гарантии права обжалования процессуальных действий и решений. Это право является продолжением и конкретизацией принципа охраны прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве (ст. 11). В нем реализованы нормы Конституции РФ о праве каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45) и праве на судебную защиту (ч. 1, 2 ст. 46). Благодаря этому праву (наряду с состязательностью процесса, правом на реабилитацию, правом обращаться за защитой в международные судебные инстанции и т.д.) наше уголовное судопроизводство имеет шанс сделаться публичным в истинном смысле этого слова, т.е. более подконтрольным гражданскому обществу, когда должностные лица государства действуют не произвольно, но в рамках многосторонних правоотношений, памятуя о той реальной ответственности, которую они всечасно несут не только перед своим начальством, но и перед теми людьми, в отношении которых они властны применять данные им полномочия.

2. Право на обжалование конкретизируется в нормах Кодекса применительно к различным процессуальным решениям и правовому статусу различных участников судопроизводства. Однако гл. 16 не является простым обобщением этих положений, а содержит универсальный механизм обеспечения прав личности, восполняющий возможные пробелы в правовом регулировании отдельных процессуальных отношений.

3. Право обжалования действий и решений органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда предоставлено не только сторонам и иным участникам уголовного судопроизводства, но любым лицам, интересы которых неправомерно страдают от процессуальных решений и действий. Такой универсальный подход еще до принятия нового УПК был намечен решениями Конституционного Суда РФ, признавшим наличие права на обжалование действий и решений органов предварительного расследования у любых лиц, интересы которых затрагиваются этими действиями или решениями, в т.ч. у тех лиц, в отношении которых было вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, но которые были не согласны с мотивами отказа[1]; а также, в частности, у лиц, жилье которых в их отсутствие подвергалось обыску и изъятию имущества[2].

---

[1] См. Постановление КС РФ от 29.04.98 г. №13-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 113 УПК РСФСР в связи с запросом Костомукшского городского суда Республики Карелия.

[2] См. Постановление КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П о проверке конституционности отдельных положений ст. 133, 218, 219 и 220 УПК РСФСР.

СТАТЬЯ 124
ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ЖАЛОБЫ ПРОКУРОРОМ

1. Прокурор рассматривает жалобу в течение 3 суток со дня ее получения. В исключительных случаях, когда для проверки жалобы необходимо истребовать дополнительные материалы либо принять иные меры, допускается рассмотрение жалобы в срок до 10 суток, о чем извещается заявитель.

2. По результатам рассмотрения жалобы прокурор выносит постановление о полном или частичном удовлетворении жалобы либо об отказе в ее удовлетворении.

3. Заявитель должен быть незамедлительно уведомлен о решении, принятом по жалобе, и дальнейшем порядке его обжалования.

4. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, дознаватель, следователь вправе обжаловать действия (бездействие) и решения прокурора вышестоящему прокурору.

1. Обжалованию подлежат не только действия, но также *бездействие и решения* органа дознания, дознавателя, следователя и нижестоящего прокурора. Срок рассмотрения прокурором жалобы может быть продлен им самим с 3 до 10 суток в исключительных случаях, когда для проверки жалобы необходимо истребовать дополнительные материалы либо принять какие-либо иные меры, о чем уведомляется заявитель. По смыслу комм. статьи о продлении срока рассмотрения жалобы прокурор должен принять особое мотивированное решение, которое в силу п. 25 ст. 5 УПК должно иметь форму постановления.

2. Порядок принесения жалоб прокурору, так же как и их форма, в комм. статье не раскрывается. Представляется, что по аналогии с ч. 2 ст. 125 УПК жалоба может быть подана заявителем непосредственно прокурору либо через орган дознания, дознавателя или следователя, ведущих данное дело. Целесообразно, на наш взгляд, сохранить ранее действовавший порядок оформления жалоб прокурору (ч. 1 ст. 218 УПК РСФСР), согласно которому жалоба могла иметь письменную либо устную форму. Устные жалобы подлежат занесению в протокол, который подписывается заявителем и лицом, принявшим жалобу.

3. Новацией является положение ч. 4 комм. статьи о праве дознавателя и следователя приносить на действия (бездействие) и решения прокурора *жалобы*. Согласно ч. 3 ст. 37 УПК обжалование следователем указаний прокурора вышестоящему прокурору не приостанавливает их исполнения, за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 ст. 38 (см. об этом комм. к ст. 38). По смыслу ч. 3 ст. 38 УПК жалобы следователя прокурору должны иметь письменную форму. То же самое, по-видимому, относится и к жалобам дознавателя. Следователь и дознаватель вправе обжаловать не только указания прокурора, но и соответственно начальника следственного отдела (ч. 4 ст. 39) и начальника органа дознания (ч. 4 ст. 41 УПК). Неясным остается вопрос, может ли прокурор давать указания (начальнику следственного отдела), и соответственно, вправе ли тот их обжаловать вышестоящему прокурору (см. об этом п. 3 комм. к ст. 39).

СТАТЬЯ 125
СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ЖАЛОБ

1. Постановления дознавателя, следователя, прокурора об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные их решения и действия (бездействие), которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в районный суд по месту производства предварительного расследования.

2. Жалоба может быть подана в суд заявителем, его защитником, законным представителем или представителем непосредственно либо через дознавателя, следователя или прокурора.

3. Судья проверяет законность и обоснованность действий (бездействия) и решений дознавателя, следователя, прокурора не позднее чем через 5 суток со дня поступления жалобы в судебном заседании с участием заявителя и его защитника, законного представителя или представителя, если они участвуют в уголовном деле, иных лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением, а также с участием прокурора. Неявка лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не настаивающих на ее рассмотрении с их участием, не является препятствием для рассмотрения жалобы судом. Жалобы, подлежащие рассмотрению судом, рассматриваются в открытом судебном заседании, за исключением случаев, предусмотренных частью второй статьи 241 настоящего Кодекса.

4. В начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, представляется явившимся в судебное заседание лицам, разъясняет их права и обязанности. Затем заявитель, если он участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Заявителю предоставляется возможность выступить с репликой.

5. По результатам рассмотрения жалобы судья выносит одно из следующих постановлений:

1) о признании действия (бездействия) или решения соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение;

2) об оставлении жалобы без удовлетворения.

6. Копии постановления судьи направляются заявителю и прокурору.

7. Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение обжалуемого решения, если это не найдет нужным сделать орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор или судья.

1. Обжалованы могут быть не только действия и решения, но и *бездействие* должностных лиц, ведущих уголовный процесс. Это делает возможной судебную защиту даже в тех случаях, когда следователем, дознавателем, прокурором и судом не выносится никакого процессуального решения, которое могло бы быть предметом обжалования, но именно это нарушает права заинтересованных лиц (например, уклонение от

оформления сообщений о совершенном преступлении либо от возбуждения уголовного дела без вынесения постановления об отказе; перенесение судьей судебного заседания без вынесения решения о его отложении).

2. Установлен критерий для определения действий (бездействия) и решений, которые могут быть обжалованы в порядке, установленном комм. главой. Это их способность причинить ущерб конституционным правам и свободам либо затруднить доступ граждан к правосудию. Данная норма развивает положения, сформулированные в Постановлении КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР. В нем Конституционный Суд признал за заинтересованными лицами право на обжалование в тех случаях, когда действиями и решениями порождаются последствия, выходящие за рамки собственно процессуальных отношений и приводящие к нарушениям конституционных прав и свобод, которые уже не могут быть эффективно восстановлены в ходе последующего судебного контроля в судебном разбирательстве (решения о производстве обыска, наложении ареста на имущество, продлении срока предварительного следствия, приостановлении производства по делу, применении мер пресечения, включая залог и подписку о невыезде; об отказе в признании потерпевшим и т.п.). В подобных случаях заинтересованным лицам должна быть предоставлена возможность прибегнуть к судебной защите еще во время проведения досудебного производства. Однако, в отличие от решения Конституционного Суда, УПК РФ пошел еще дальше, предоставив право обжалования в суд безотносительно того, выходят отрицательные последствия действий (бездействия) и решений органов предварительного расследования и прокурора за рамки сугубо процессуальных отношений или нет. Сам факт нарушения ими *конституционных прав и свобод* граждан, в силу особой важности последних, является теперь достаточным основанием для обращения за судебной защитой в период досудебного производства.

В связи с этим особое значение приобретает открывающаяся для участников судопроизводства возможность обжаловать нарушения *конституционного права*, сформулированного в виде запрета на использование судебных доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ). Практически, это означает, что любое следственное или иное процессуальное действие по собиранию и проверке доказательств может быть обжаловано в суд по мотивам нарушения при его проведении требований закона. Вместе с правом защитника собирать доказательства (ч. 3 ст. 86 УПК) и правом обжаловать в суд отказ органов предварительного расследования или прокурора в удовлетворении ходатайств, в т.ч. о собирании и приобщении к делу дополнительных доказательств (ст. 122 УПК), это в значительной степени способствует состязательному выравниванию положения сторон обвинения и защиты в области доказывания на предварительном расследовании.

Однако иногда прокуроры и судьи, участвующие в судебном заседании по проверке таких жалоб, полагают, что обжалование следственных *действий* и допустимости их результатов (полученных доказательств) в порядке ст. 125 незаконно, ссылаясь на положения ч. 4 ст. 88 УПК, в которой говорится о праве суда признать доказательства недопустимыми по ходатайству сторон или по собственной инициативе. Статья 88, в свою очередь, содержит отсылку к ст. 234, 235 УПК, где речь идет о предварительном слушании. Отсюда неверно, на наш взгляд, делать вывод, что суд вправе рассматривать этот вопрос только в ходе предварительного слушания. Во-первых, в ст. 88, 234—235 имеется в виду рассмотрение вопроса о допустимости доказательств лишь

по ходатайству сторон или по инициативе суда, а не в порядке их обжалования, т.е. в иной процессуальной ситуации и форме. Во-вторых, ч. 4 ст. 88 требует лишь *использовать порядок* признания недопустимыми доказательств, предусмотренный ст. 234—235, но отнюдь не решать данный вопрос исключительно в стадии назначения судебного заседания в форме предания суду. Этот порядок, действительно, содержит ряд специальных норм, предназначенных для наиболее эффективного решения вопроса о допустимости доказательств (о распределении бремени доказывания допустимости доказательств, о возможности в ходе проверки допустимости доказательств допроса свидетелей, иной проверки доказательств и т.д.), однако эти нормы с успехом могут (и должны) применяться и при рассмотрении судьей жалоб, заявленных на предварительном расследовании, поскольку без них оценка оспариваемых доказательств может быть затруднена. В этой связи представляются неправомерными доводы некоторых судей о том, что признание незаконными и необоснованными следственных действий и полученных в ходе их результатов в порядке ст. 125 невозможно, поскольку это требует дополнительной проверки и оценки доказательств. Судебное заседание, в т.ч. предусмотренное комм. статьей, — всегда форма осуществления *правосудия* (п. 50 ст. 5 УПК), но может ли что-либо быть абсурднее отказа в правосудии на том лишь основании, что это требует проверки и оценки доказательств?!

3. Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно указывал на недопустимость ограничения права на судебное обжалование действий и решений, затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том основании, что эти граждане не были признаны в установленном УПК порядке конкретными *участниками производства* по уголовному делу (подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим и т.д.). Обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве должно вытекать из *фактического положения* этого лица как нуждающегося в обеспечении соответствующего права[1]. Например, лицо, в жилище которого был произведен обыск, вправе обжаловать действия и решения следователя, имевшие место в ходе обыска, в суд, несмотря на то, что до этого оно не принимало никакого участия в данном деле. К участию в судебном заседании должны быть допущены защитник подозреваемого или обвиняемого либо представитель потерпевшего, даже если ранее они не принимали участия в данном деле[2].

4. Подача жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение обжалуемого решения, однако орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор или судья вправе это сделать как по ходатайству заинтересованной стороны, так и по собственной инициативе.

5. Сторонам в ходе судебной проверки решений, действий или бездействия следователя, прокурора, дознавателя должна быть предоставлена возможность как лично, так и с помощью представляющих их интересы в суде адвокатов и иных допущенных к участию в деле лиц знакомиться с процессуальными документами, затрагивающими их права и законные интересы[3].

---

[1] См. Постановления КС РФ от 23.03.99 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 133, 218 и 220 УПК РСФСР; от 27.06.2000 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 47 и 51 УПК РСФСР.

[2] См. Определение КС РФ от 24.11.2005 г. № 431-О по жалобе гражданина Саблина О.В. на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 125 УПК РФ.

[3] См. Определение КС РФ от 24.03.2005 г. № 151-О по жалобе гражданина Воржева А.И. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 29 И 161 УПК РФ.

6. Суд должен проверить не только формальную законность, но и фактическую обоснованность обжалуемого решения органа предварительного расследования (например, о приобщении к материалам уголовного дела денежных средств и признании их вещественными доказательствами)[1].

7. В пункте 1 ч. 5 комм. статьи предусматривается вынесение судом постановления не об отмене обжалуемого решения или действия, а *о признании его незаконным* или необоснованным и об обязанности соответствующих должностных лиц *устранить допущенное нарушение*. Это особенно важно для тех случаев, когда обжалуются решения об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении, поскольку отмена судом такого рода решений фактически означала бы возбуждение им уголовного дела или возобновление по нему производства, что делало бы его, вопреки указанию ч. 3 ст. 15 УПК РФ, уголовным преследователем.

8. Время начала судебного заседания определен в ч. 3 комм. статьи недостаточно четко: «… не позднее чем через 5 суток со дня *поступления* жалобы». При этом не разъясняется, какой момент имеется в виду — поступление жалобы в суд или к судье, который должен ее рассматривать. Не секрет, что на практике с момента поступления жалобы в канцелярию суда до передачи ее конкретному судье нередко проходит несколько дней. В результате 5-дневный срок рассмотрения жалобы фактически нарушается, однако стороны не могут предъявить претензий к судье, к которому жалоба поступила с опозданием. Представляется, что указанный срок должен исчисляться со дня поступления жалобы именно в суд как учреждение (в канцелярию суда и т.д.).

9. В части 3 комм. статьи определен круг участников судебного заседания. Это заявитель и его защитник, законный представитель или представитель, если они участвуют в уголовном деле, иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением, а также прокурор. Представляется, что, независимо от того, кто заявляет жалобу, о времени и месте судебного заседания судом *всегда* должен извещаться обвиняемый, ибо, по смыслу п. 19 ч. 4 ст. 47 УПК, закон признает, что любая жалоба по данному уголовному делу *непосредственно затрагивает его интересы*. Особенно это актуально для случаев, когда заявителем жалобы является не сам обвиняемый (или подозреваемый), а его защитник. Невыполнение этой обязанности судом должно расцениваться как нарушение права обвиняемого на защиту и может повлечь за собой отмену судебного решения. Обвиняемый или подозреваемый, содержащийся под стражей, должен в таких случаях иметь возможность присутствовать в судебном заседании.

10. Судебное заседание по рассмотрению жалоб в порядке ст. 125 проводится открыто, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 ст. 241 УПК.

11. Комм. статья не дает прямого ответа на вопрос, истребует ли суд при рассмотрении жалобы все уголовное дело или ограничится только теми материалами, которые сочтут необходимым представить стороны. Она обходит молчанием и вопрос, на основе чего — доказательств или недоказательственной, в т.ч. непроцессуальной (например, оперативно-розыскной) информации — суд проверяет законность и обоснованность обжалуемых действий (бездействия) и решений. До принятия нового УПК по аналогии применялась процедура судебной проверки законности и обоснованнос-

---

[1] См. Определение КС РФ от 24.03.2005 г. № 151-О по жалобе гражданина Воржева А.И. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 29 И 161 УПК РФ.

ти ареста (ст. 220^1 и 220^2 УПК РСФСР), которая предусматривала направление в суд лицом, производящим дознание, следователем и прокурором не всего дела, а только *выборочных* материалов, подтверждающих, по их мнению, законность и обоснованность обжалуемых действий. На практике при рассмотрении жалоб на действия и решения органов предварительного расследования судом нередко истребуется все уголовное дело, поскольку без исследования всех материалов дела во всей их полноте порой трудно оценить подлинность представленных (в копиях) материалов, правомерность или неправомерность жалобы. Представление для проверки жалобы всего уголовного дела предотвращает затягивание сроков рассмотрения жалобы ввиду неполноты представленных органами предварительного расследования материалов. Следует учитывать, что суд, как уже отмечалось выше, проверяет законность и обоснованность обжалуемых действий (бездействия) и решений в *судебном заседании* (ч. 3 и 4 ст. 125 УПК РФ), которое суть процессуальная форма осуществления *правосудия* в ходе досудебного и судебного производства именно по уголовному *делу.* Отсюда следует, во-первых, что всякое судебное заседание имеет своим предметом *уголовное дело,* т.е. суд должен истребовать его у органа дознания, следователя и прокурора до рассмотрения жалобы в судебном заседании. Во-вторых, в судебном заседании должны исследоваться именно *доказательства* по делу, ибо правосудие не должно довольствоваться лишь какими-либо другими данными при вынесении решения. Эффективно проверить *обоснованность* большинства действий и решений дознавателя, следователя или прокурора, затрагивающих конституционные права и свободы граждан, обычно возможно, лишь исследовав доказательства, которые должны быть положены в их основу, ибо только доказательства должны обязательно фиксироваться в материалах дела и обладают достаточной удостоверительной силой.

СТАТЬЯ 126
ПОРЯДОК НАПРАВЛЕНИЯ ЖАЛОБЫ ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО, СОДЕРЖАЩЕГОСЯ ПОД СТРАЖЕЙ

Администрация места содержания под стражей немедленно направляет прокурору или в суд адресованные им жалобы подозреваемого, обвиняемого, содержащегося под стражей.

Согласно ч. 5 ст. 21 ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», «жалобы на действия и решения суда лица, производящего дознание, следователя или прокурора, направляются в порядке, предусмотренном Уголовно-процессуальным кодексом.., не позднее трех дней с момента их подачи». Представляется, что на основании требования ст. 126 УПК о *немедленном* направлении прокурору или в суд адресованных им жалоб и с учетом ст. 4 ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», устанавливающей приоритет положений УПК РФ над федеральными законами, связанными с УПК, названная норма ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» более не действует. Жалобы обвиняемых или подозреваемых, адресованные прокурору или в суд, по аналогии с положением, предусмотренным ч. 2 ст. 21 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», должны не позднее рабочего дня, следующего

за днем подачи жалобы, направляться адресату. Впрочем, именно таким образом регламентирован этот вопрос в п. 97 разд. IX Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы, утв. приказом Министерства юстиции РФ от 12.05.2000 г. № 148: «Предложения, заявления и жалобы, адресованные в прокуратуру, суды или иные органы государственной власти, которые имеют право контроля за СИЗО, цензуре не подлежат и не позднее следующего за днем подачи предложения, заявления или жалобы рабочего дня направляются адресату в запечатанном виде».

СТАТЬЯ 127
ЖАЛОБА И ПРЕДСТАВЛЕНИЕ НА ПРИГОВОР, ОПРЕДЕЛЕНИЕ, ПОСТАНОВЛЕНИЕ СУДА

1. Жалобы и представления на приговоры, определения, постановления судов первой и апелляционной инстанций, а также жалобы и представления на судебные решения, принимаемые в ходе досудебного производства по уголовному делу, приносятся в порядке, установленном главами 43—45 настоящего Кодекса.

2. Жалобы и представления на судебные решения, вступившие в законную силу, приносятся в порядке, установленном главами 48 и 49 настоящего Кодекса.

1. В комм. статье существенно расширены возможности обжалования определений и постановлений судов первой и апелляционной инстанций. Согласно УПК РСФСР (ст. 331) большинство промежуточных судебных решений не подлежали кассационному обжалованию, в связи с чем постановлением Конституционного Суда РФ от 02.07.98 г. № 20-П отдельные положения ст. 331 УПК РСФСР были признаны неконституционными. В соответствии со ст. 127 УПК РФ почти все судебные решения могут быть обжалованы в апелляционном (для решений мирового судьи) и кассационном порядке. Исключение составляют лишь определения или постановления суда о порядке исследования доказательств, об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства, о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, за исключением определений или постановлений о наложении денежного взыскания (ч. 5 ст. 355 УПК РФ).

2. По буквальному смыслу комм. статьи решения, принимаемые в ходе досудебного производства, также могут быть обжалованы в порядке, установленном гл. 43—45 УПК РФ, т.е. не только в кассационную, но и в апелляционную (гл. 44) судебные инстанции. Однако на досудебном производстве принимают участие только судьи районных и соответствующих их уровню военных судов (ч. 9 ст. 31 УПК), решения которых не могут быть обжалованы в районный же суд, который является апелляционной инстанцией только в отношении приговоров и постановлений мировых судей (ст. 361 УПК).

РАЗДЕЛ VI. ИНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

ГЛАВА 17. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ СРОКИ. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ИЗДЕРЖКИ

СТАТЬЯ 128 ИСЧИСЛЕНИЕ СРОКА

1. Сроки, предусмотренные настоящим Кодексом, исчисляются часами, сутками, месяцами. При исчислении сроков месяцами не принимаются во внимание тот час и те сутки, которыми начинается течение срока, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. При исчислении сроков заключения под стражу, домашнего ареста и нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре в них включается и нерабочее время.

2. Срок, исчисляемый сутками, истекает в 24 часа последних суток. Срок, исчисляемый месяцами, истекает в соответствующее число последнего месяца, а если этот месяц не имеет соответствующего числа, то срок оканчивается в последние сутки этого месяца. Если окончание срока приходится на нерабочий день, то последним днем срока считается первый следующий за ним рабочий день, за исключением случаев исчисления сроков при задержании, содержании под стражей, домашнем аресте и нахождении в медицинском или психиатрическом стационаре.

3. При задержании срок исчисляется с момента фактического задержания.

1. Процессуальный срок — это установленный УПК период времени, в течение которого должны совершаться процессуальные действия или в течение которого от совершения этих действий следует воздержаться.

Соблюдение срока обеспечивает выполнение задач уголовного процесса. «*Право на судебное разбирательство в течение разумного срока*» имеет значение международно-правового принципа (ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах и ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Нарушение срока может повлечь санкцию ничтожности (признание принятых решений недействительными, а полученных доказательств — не имеющими юридической силы — ч. 3 ст. 7 УПК); а также установленную законом ответственность участников процесса.

2. Процессуальные сроки исчисляются часами, сутками и месяцами.

Если в законе указаны годы (ч. 3 ст. 326, ч. 2 ст. 398, ч. 5 ст. 400, ч. 3 ст. 414 УПК), то применяются правила об исчислении сроков месяцами.

Если в законе указан такой срок, как «день», то во внимание принимается период с 6 до 22 часов по местному времени (п. 21 ст. 5). Например, ч. 4 ст. 146 УПК предусматривает «в тот же день уведомляет заявителя»; ч. 6 ст. 172 — «обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода»; ч.1 ст. 235 — «в случае заявления ходатайства его копия передается другой стороне в день представления ходатайства в суд».

В некоторых случаях срок — период времени для совершения (воздержания от совершения) процессуальных действий — устанавливается путем указания на опре-

деленное событие, которое должно наступить (например, предварительное следствие приостанавливается до выздоровления обвиняемого — ст. 211).

3. Согласно ч. 1 комм. статьи тот час и те сутки, которыми начинается течение исчисляемого месяцами срока, не включаются в этот срок. Представляется, что это правило не распространяется на срок содержания под стражей, домашнего ареста, принудительного нахождения в медицинском стационаре. При исчислении срока заключения под стражу его началом считается «момент заключения под стражу» (ч. 9 ст. 109), т.е. момент фактического лишения свободы передвижения обвиняемого (подозреваемого) — п. 15 ст. 5.

4. Процессуальные сроки оканчиваются: а) исчисляемые часами — по истечении последнего полного часа; в) исчисляемые сутками — в 24 часа последних суток.

5. Исчисляемый месяцами процессуальный срок оканчивается в 24 часа соответствующего числа последнего месяца. Если последний месяц не имеет соответствующего числа (например, 30 февраля), то срок оканчивается в 24 часа последних суток этого месяца (28 или 29 февраля). Если окончание срока приходится на нерабочий день, то срок оканчивается в следующий за ним первый рабочий день.

6. Процессуальный срок может устанавливаться решением органа, ведущего процесс, путем указания календарной даты. Так, устанавливается прокурором продленный срок предварительного следствия или судом — продленный срок содержания под стражей.

7. Новый УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР, изменил порядок начала исчисления срока. «При исчислении срока *месяцами* не принимается во внимание тот час и те сутки, которыми начинается течение срока» — определяет ч. 1 комм. статьи. На первый взгляд, указанная норма содержит досадную неточность. Велик соблазн просто не заметить этой разницы и продолжать делать по-старому — не учитывать текущий час и текущие сутки при расчете любых сроков. Однако расширительное толкование новой процессуальной нормы (распространение по аналогии правил исчисления срока месяцами на исчисление сроков часами и сутками) может ухудшать положение личности и потому не всегда желательно при определении собственно процессуальных сроков.

Представляется, что данная проблема должна решаться следующим образом:

а) при исчислении срока *часами* он рассчитывается с начала того момента (минуты), в который произошел юридический факт, влекущий течение срока. Например, момент фактического задержания подозреваемого имел место в 12 часов 45 минут. С учетом этих 45 минут и следует исчислять срок задержания. «При задержании срок исчисляется с момента фактического задержания» — дополнительно подчеркивает процессуальный закон (ч. 3 ст. 128);

б) при исчислении срока *сутками* учитывается та часть суток, которая следует за юридическим фактом, влекущим начало течения срока. Однако в этом случае в законе не вполне ясно решен вопрос с окончанием срока, поскольку согласно ч. 2 комм. статьи он истекает в 24 часа последних суток. Например, в отношении подозреваемого в порядке ст. 100 УПК мера пресечения применена в 11 часов 15 июля. В этом случае в течение 10 суток с момента применения меры пресечения ему должно быть предъявлено обвинение. По смыслу ст. 128 оставшаяся часть суток, в которые с момента задержания начинается течение данного срока, принимается во внимание, т.е. 10-суточный срок начинает течь именно с 11 час. 15 июля. Иными словами, сутки (15 июля) не

должны округляться до 24 часов. Тогда 10-суточный срок истекает 25 июля в 11, а не в 24 часа. Однако если следовать указанию ч. 2 ст. 128, срок, напротив, должен истекать 25 июля, но не в 11, а в 24 часа («срок, исчисляемый сутками, истекает в 24 часа последних суток»). Практически это означает, что не принимаются в расчет и округляются до целых те сутки, с которых начинается течение срока. Однако законодатель предусмотрел названное правило начала течения суток только для исчисления срока месяцами (ч. 1 ст. 128), а не сутками. Поэтому налицо коллизия двух норм комм. статьи.

Представляется, что в том случае, если окончание срока, исчисляемого сутками, в 24 часа последних суток этого срока благоприятствует защите интересов личности в уголовном процессе (*правоохранительные* сроки), применяется именно этот порядок. Например, началом 10-суточного срока для подачи кассационной или апелляционной жалобы содержащимся под стражей осужденным можно считать 0 часов 00 минут следующих суток за теми, когда ему вручили копию приговора (ст. 356). Если же фактическое продление срока до 24 часов последних суток умаляет права личности, то срок должен заканчиваться в соответствующий астрономический час. Так, названный в приведенном вначале примере 10-суточный срок для предъявления обвинения следует считать истекшим не в 24 часа 25 июля, а в 11 часов тех же суток;

в) при исчислении сроков *месяцами* срок исчисляется с начала следующих суток после тех, в которых имел место юридический факт, влекущий течение срока. Текущий час и текущие сутки не учитываются (округляются). Например, следователь вынес постановление о возбуждении уголовного дела в 12 часов 45 минут 12 декабря. Двухмесячный срок следствия следует исчислять с 0 часов 13 декабря. В то же время текущий час и текущие сутки *всегда учитываются* при исчислении времени, которое обвиняемый или подозреваемый принудительно проводит в условиях лишения или ограничения свободы. Так, исчисляемые месяцами сроки содержания под стражей, под домашнем арестом, в медицинском стационаре начинают течь с момента заключения (ч. 9, 10 ст. 109).

Исчисляемый месяцами процессуальный срок оканчивается в 24 часа соответствующего числа последнего месяца. Если последний месяц не имеет соответствующего числа (например, 30 февраля), то срок оканчивается в 24 часа последних суток этого месяца. Если окончание срока приходится на нерабочий день, то срок оканчивается в следующий за ним первый рабочий день.

8. Часть 1 комм. статьи содержит норму о зачете нерабочего времени. Нерабочее время (т.е. все календарное время) включается (учитывается) в срок: содержания под стражей (ст. 91—92; 108—109); домашнего ареста (ст. 107); нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре (ст. 203, 435); содержания под стражей на территории иностранного государства по запросу РФ о его выдаче (ст. 460) (см. комм. к ч. 10 ст. 109). Из буквального содержания этой нормы можно было бы сделать вывод, что при исчислении других сроков, не связанных с содержанием под стражей, домашним арестом и нахождением в медицинском стационаре, нерабочее время может не учитываться (т.е. исключаться из них). Однако такой вывод противоречит непрерывности срока, и потому данное правило нуждается в ограничительном толковании. Оно имеет значение только для тех нерабочих дней, которыми заканчивается течение срока, — они, действительно, должны исключаться из процессуальных сроков, например срока подачи жалобы, как это следует из содержания ч. 2 комм. статьи.

В данном случае под нерабочим временем нужно понимать не время отдыха (как это установлено *ТК*), а только общепринятые выходные и праздничные дни (см. комм. к ч. 2 ст. 128).

Под нерабочими днями следует понимать общепринятые выходные и нерабочие праздничные дни. Согласно законодательству о труде общим выходным днем является воскресенье (ч. 2 ст. 111 *ТК*). Нерабочими праздничными днями являются: с 1 по 5 января (включительно) — Новогодние каникулы, 7 января — Рождество Христово, 23 февраля — День защитника Отечества, 8 марта — Международный женский день, 1 Мая — Праздник Весны и Труда, 9 Мая — День Победы, 12 июня — День России и 4 ноября — День народного единства (ст. 112 *ТК*).

При совпадении выходного и нерабочего праздничного дней выходной день переносится на следующий после праздничного рабочий день. Постановлением Правительства РФ выходные дни могут быть перенесены на другие дни (ст. 112 *ТК*).

9. Срок содержания под стражей и нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре истекает вне зависимости от того, является ли его последний день нерабочим или рабочим днем.

10. Об исчислении срока задержания см. комм. к п. 15 ст. 5; ст. 91—92, 94.

СТАТЬЯ 129
СОБЛЮДЕНИЕ И ПРОДЛЕНИЕ СРОКА

1. Срок не считается пропущенным, если жалоба, ходатайство или иной документ до истечения срока сданы на почту, переданы лицу, уполномоченному их принять, а для лиц, содержащихся под стражей или находящихся в медицинском либо психиатрическом стационаре, если жалоба или иной документ до истечения срока сданы администрации места предварительного заключения либо медицинского или психиатрического стационара.

2. Срок может быть продлен лишь в случаях и порядке, которые установлены настоящим Кодексом.

1. Часть 1 комм. статьи устанавливает правила соблюдения срока.

2. Процессуальный срок как период времени, в течение которого должны быть совершены процессуальные действия участников процесса, как правило, не включает в себя время «технической» пересылки документов по почте. Поэтому срок исчисляется до момента сдачи документов в почтовое учреждение или уполномоченному должностному лицу, в т.ч. администрации места содержания под стражей или медицинского стационара.

Время сдачи документа обычно устанавливается по оттиску штемпеля учреждения связи. По этой причине к уголовному делу приобщаются конверты, в которых поступили жалобы в суд (Инструкция по судебному делопроизводству в районном суде). Время передачи документов уполномоченным должностным лицам устанавливается по их отметке на копии документа, справке или выписке из соответствующих книг и журналов секретариатов (например, журнала регистрации входящей корреспонденции).

При этом время отправки документов может быть установлено с помощью любых уголовно-процессуальных доказательств. Это требуется при возникновении спо-

ров и сомнений. Например, оттиск штемпеля почтового учреждения может оказаться поддельным, должностное лицо может отказаться принять жалобу или отказаться расписаться на копии о ее получении.

3. Для срока, когда он является периодом времени, в течение которого следует *воздержаться от совершения процессуальных действий*, «техническая» пересылка документов иногда может учитываться. Например, если в течение срока, установленного для обжалования приговора и обращения его к исполнению (10 суток плюс 3 суток для обращения приговора к исполнению), соответствующая жалоба не поступила, то приговор обращается к исполнению. Если же потом выяснится, что жалоба была сдана на почту с соблюдением установленного срока, то исполнение приговора приостанавливается до вступления его в законную силу после рассмотрения жалобы вышестоящим судом.

4. Продление срока допускается только в предусмотренных процессуальным законом случаях и порядке. Продление срока следует отличать от его восстановления (см. комм. к ст. 130).

Процессуальный закон предусматривает продление сроков: задержания подозреваемого (п. 3 ч. 7 ст. 108); содержания под стражей на досудебном производстве (ст. 109), в ходе судебного производства (ст. 255) либо содержания под стражей выдаваемого другому государству лица (ст. 467); предварительного следствия (ст. 162); дознания (ст. 223); ознакомления с протоколом судебного заседания (ч. 7 ст. 259).

СТАТЬЯ 130
ВОССТАНОВЛЕНИЕ ПРОПУЩЕННОГО СРОКА

1. Пропущенный по уважительной причине срок должен быть восстановлен на основании постановления дознавателя, следователя, прокурора или судьи, в производстве которого находится уголовное дело. Отказ в восстановлении срока может быть обжалован в порядке, установленном настоящим Кодексом.

2. По ходатайству заинтересованного лица исполнение решения, обжалованного с пропуском установленного срока, может быть приостановлено до разрешения вопроса о восстановлении пропущенного срока.

1. Комм. статья предусматривает восстановление пропущенного срока, установленного только для обращений участников уголовного судопроизводства к должностным лицам и органам, ведущим процесс. Например, по правилам комм. статьи могут быть восстановлены сроки: обращения реабилитируемого за возмещением ущерба (ч. 2 ст. 135 УПК); заявления ходатайства о проведении предварительного слушания (ч. 3 ст. 229); подачи замечаний на протокол судебного заседания (ч. 1 ст. 260); обжалования процессуальных решений (см. комм. к ст. 123).

Сроки, предназначенные для соблюдения ведущими судопроизводство органами, не могут быть восстановлены.

2. При подаче жалобы, заявления или ходатайства с пропущенным сроком ведущий процесс орган должен разъяснить право заинтересованному лицу заявить ходатайство о восстановлении срока и о приостановлении обжалуемого решения.

3. Решение о восстановлении срока по соответствующему ходатайству (см. комм. к гл. 15) принимает орган, ведущий процесс: дознаватель, следователь, прокурор или судья.

Ходатайство рассматривается по правилам, установленным ст. 121—122. По результатам рассмотрения выносится мотивированное постановление о восстановлении срока или об отказе в этом.

4. Срок восстанавливается обязательно при наличии уважительных причин его пропуска.

Уважительность причины как оценочное понятие определяется органом, рассматривающим ходатайство с учетом двух групп обстоятельств:

а) объективно препятствовавших подаче заявления, ходатайства или жалобы (неразъяснение обязанными лицами участнику процесса его права подать жалобу; несвоевременное получение им копии обжалуемого решения, непреодолимая сила, командировка, болезнь и т.д.);

б) обстоятельства, свидетельствующие о попытках заинтересованного лица подать жалобу, заявление или ходатайство, которые, однако, не увенчались успехом не по его вине. Например, обвиняемый в судебном заседании заявил о своем несогласии с решением суда о заключении его под стражу и договорился со своим защитником — адвокатом, чтобы тот составил и направил кассационную жалобу на решение суда об избрании заключения под стражу. Однако защитник по неуважительным причинам этого не сделал, и трехсуточный срок оказался пропущенным. В таком случае причина пропуска срока обвиняемым может быть признана уважительной.

5. Отказ дознавателя, следователя в восстановлении срока может быть обжалован прокурору или в суд (ст. 124, 125), отказ прокурора — вышестоящему прокурору или в суд (п. 10 ч. 2 ст. 37, ст. 125), отказ судьи — в вышестоящий суд в апелляционном или кассационном порядке (ст. 354, 355).

6. Закон предусматривает возможность приостановления исполнения решения, обжалованного с пропуском срока. Эта возможность не распространяется на те решения, которые исполняются немедленно (ч. 8 ст. 108; ч. 4 ст. 255; ч. 6 ст. 355) (см. комм. к ч. 7 ст. 125).

Ходатайство о приостановлении исполнения решения может быть заявлено заинтересованным лицом, которое принесло жалобу с пропуском срока. Правом обжалования обладают все лица, чьи права и интересы затронуты (в т.ч. свидетель и понятой, если они подвергнуты мерам принуждения) (см. комм. к ст. 125).

О приостановлении исполнения решения выносится мотивированное постановление.

7. Для восстановления пропущенных сроков обжалования судебных решений, не вступивших в законную силу, применяется специальные правила, установленные ст. 357.

СТАТЬЯ 131
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ИЗДЕРЖКИ

1. Процессуальными издержками являются связанные с производством по уголовному делу расходы, которые возмещаются за счет средств федерального бюджета либо средств участников уголовного судопроизводства.

2. К процессуальным издержкам относятся:

1) суммы, выплачиваемые потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, эксперту, специалисту, переводчику, понятым на покрытие их расхо-

дов, связанных с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием;

2) суммы, выплачиваемые работающим и имеющим постоянную заработную плату потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, понятым в возмещение недополученной ими заработной платы за время, затраченное ими в связи с вызовом в орган дознания, к следователю, прокурору или в суд;

3) суммы, выплачиваемые не имеющим постоянной заработной платы потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, понятым за отвлечение их от обычных занятий;

4) вознаграждение, выплачиваемое эксперту, переводчику, специалисту за исполнение ими своих обязанностей в ходе уголовного судопроизводства, за исключением случаев, когда эти обязанности исполнялись ими в порядке служебного задания;

5) суммы, выплачиваемые адвокату за оказание им юридической помощи в случае участия адвоката в уголовном судопроизводстве по назначению;

6) суммы, израсходованные на хранение и пересылку вещественных доказательств;

7) суммы, израсходованные на производство судебной экспертизы в экспертных учреждениях;

8) ежемесячное государственное пособие в размере пяти минимальных размеров оплаты труда, выплачиваемое обвиняемому, временно отстраненному от должности в порядке, установленном частью первой статьи 114 настоящего Кодекса;

9) иные расходы, понесенные в ходе производства по уголовному делу и предусмотренные настоящим Кодексом.

3. Суммы, указанные в части второй настоящей статьи, выплачиваются по постановлению дознавателя, следователя, прокурора или судьи либо по определению суда.

4. Порядок и размеры возмещения процессуальных издержек, за исключением размеров процессуальных издержек, предусмотренных пунктами 2 и 8 части второй настоящей статьи, устанавливаются Правительством Российской Федерации *(ч. 4 введена ФЗ от 03.03.2006 № 33-ФЗ)*.

1. Уголовно-процессуальными издержками являются подлежащие возмещению расходы привлекаемых к участию в деле лиц (кроме подозреваемого и обвиняемого), которые эти лица вынуждены понести непосредственно в связи с производством по данному уголовному делу.

Процессуальные издержки следует отличать от:

1) иных материальных затрат на уголовное судопроизводство в виде расходов государства на органы, ведущие уголовный процесс (заработная плата судей, прокуроров, следователей, дознавателей, штатных экспертов и правоохранительных органов; их канцелярские, почтовые, транспортные расходы; расходы на ОРД, содержание следственных изоляторов, питание заключенных и др.);

2) от ущерба, причиненного преступлением. Этот ущерб связан с преступлением, но *не связан непосредственно с самим производством* по делу. Он возмещается по гражданскому иску в уголовном деле (ст. 44 УПК) или в порядке гражданского

судопроизводства. Так, расходы потерпевшего на лечение, его родственников — на погребение (если оно не связано с предшествующей эксгумацией), утраченный потерпевшим в связи с травмой заработок не относятся к процессуальным издержкам;

3) от ущерба, причиненного необоснованным уголовным преследованием и незаконным применением мер процессуального принуждения. Этот ущерб возмещается в порядке реабилитации (см. комм. к гл. 18). Так, расходы подозреваемого и обвиняемого, связанные с явкой по вызову, не относятся к процессуальным издержкам.

2. Следует различать понятия «возмещение» и «взыскание» процессуальных издержек (о взыскании см. комм. к ст. 132).

По общему правилу издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета, т.е. расходы привлекаемых к участию в деле лиц компенсируются денежными средствами, списываемыми со специальных счетов органов, ведущих процесс.

В уголовно-процессуальном законодательстве закреплена возможность возмещения издержек за счет средств участников уголовного процесса. Эту норму необходимо толковать ограничительно: а) издержки могут быть возмещены за счет средств только тех участников процесса, которые относятся к стороне обвинения (потерпевшего, частного обвинителя, гражданского истца) или к стороне защиты (подозреваемого, обвиняемого, гражданского ответчика); б) издержки могут быть возмещены за счет сторон только при их согласии на это. Например, гражданский истец заявляет ходатайство о проведении экспертизы по определению стоимости восстановительного ремонта автомобиля, поврежденного в результате преступления. По общему правилу расходы на экспертизу должны быть возмещены органом расследования. Однако ввиду отсутствия у него денежных средств проведение этой экспертизы затянется на длительный срок или в удовлетворении ходатайства гражданскому истцу будет вообще отказано. Поэтому целесообразно провести требуемую экспертизу за счет гражданского истца (при заявлении им соответствующей просьбы или с его согласия).

3. Часть 2 комм. статьи предусматривает виды процессуальных издержек. Среди них можно выделить три группы расходов: а) по явке участников процесса; б) по компенсации им утраченного дохода или имущества; в) вознаграждение за выполнение каких-либо поручений органов, ведущих дело.

При толковании комм. статьи следует учитывать ряд подзаконных актов и судебную практику применения УПК РСФСР только в той части, в которой они не противоречат УПК РФ, современному законодательству в сфере труда и гражданского права[1].

4. К процессуальным издержкам относятся денежные суммы, выплачиваемые потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, эксперту, специалисту, пе-

---

[1] См.: постановления Пленума ВС СССР от 18.03.63 г. № 4 «Об устранении недостатков в практике взыскания судебных расходов по гражданским делам и судебных издержек по уголовным делам» (с изм. на 30.11.90 г.); от 26.09.73 г. № 8 «О судебной практике по применению законодательства о взыскании судебных издержек по уголовным делам» (в ред. Пленума ВС РФ от 21.12.93 г. № 11); постановление Совета Министров РСФСР от 14.07.90 г. № 245 «Об утверждении Инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и выплаты вознаграждения лицам в связи с их вызовом в органы дознания, предварительного следствия, прокуратуру или в суд» (с изм. на 04.03.2003 г.).

реводчику, понятым на покрытие расходов, связанных с явкой по вызову в органы расследования или суд и с проживанием;

а) возмещению подлежит стоимость проезда к месту явки и обратно к месту жительства или пребывания на основании проездных документов, но не свыше стоимости проезда в купейном вагоне скорого фирменного поезда, в каюте 2 класса, транспортом общественного пользования (кроме такси), билета на самолет обычного (туристического, экономического) класса. По соответствующим документам (квитанциям) возмещаются страховые платежи по страхованию пассажиров, стоимость предварительной продажи билетов, затраты на пользование постельными принадлежностями. Возмещаются расходы по проезду автотранспортом (кроме такси) к железнодорожной станции, пристани, аэропорту, если они находятся за чертой населенного пункта. Если расходные документы по явке отсутствуют, то может быть возмещена минимальная стоимость проезда между местом жительства или пребывания и местом явки;

б) по правилам возмещения командировочных расходов возмещаются расходы по найму жилого помещения, суточные за дни вызова, время в пути, включая выходные и нерабочие праздничные дни, а также время вынужденной остановки в пути. Плата за бронирование мест в гостиницах возмещается в размере 50% от возмещаемой стоимости места за сутки.

Расходы по найму жилого помещения возмещаются в размере не более 550 руб. в сутки, без предоставления расходных документов — в размере 12 руб. За каждый день нахождения в командировке на территории РФ размер суточных составляет 100 руб.[1]

При вызове свидетеля или эксперта из другого государства в порядке оказания правовой помощи по уголовным делам следует учитывать размер суточных, установленных для заграничной командировки[2].

5. К процессуальным издержкам относятся суммы, выплачиваемые потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, понятым, в возмещение недополученной ими постоянной заработной платы или за отвлечение их от обычных занятий, за время, затраченное ими в связи с вызовом.

За некоторыми государственными служащими часть или вся зарплата может сохраниться. Такой сохраненный заработок в процессуальные издержки не входит.

За отвлечение от обычных занятий принято выплачивать еще один размер суточных, в добавление к тем суточным, которые выплачиваются по п. 1 ч. 2 ст. 131 УПК, в связи с явкой. Если постоянный дневной заработок меньше суточных, то представляется правильным по желанию участника процесса выплачивать ему суточные.

6. Вознаграждение, выплачиваемое эксперту, переводчику, специалисту, относится к процессуальным издержкам, если эти лица выполняли процессуальные обязанности не по служебному заданию. Это означает, что лично эксперту, переводчику и специалисту выплачиваются суммы при заключении с ними договора органом, ведущим уголовный процесс. Договором устанавливается размер и порядок оплаты труда частного эксперта, специалиста и переводчика в зависимости от «рыночной» стоимости такого рода работы в данной местности.

---

[1] См. постановление Правительства РФ от 02.10.2002 № 729 «О размерах возмещения расходов, связанных со служебными командировками…».

[2] См. приложение к постановлению Правительства РФ от 8.02.2002 г. № 93.

По договору или общим правилам гражданского права при некачественном выполнении обязанностей сумма оплаты может быть уменьшена.

Если уголовно-процессуальные обязанности эксперта (когда экспертиза назначена в экспертном учреждении — см. комм. к ст. 199), специалиста или переводчика одновременно являются его трудовыми (служебными) обязанностями, то к процессуальным издержкам могут быть отнесены суммы, выплачиваемые работодателям этих лиц (п. 7, 9 ч. 2 ст. 131, ч. 3 ст. 132 УПК).

Если эксперт, переводчик или специалист исполняют процессуальные обязанности как сотрудники правоохранительных органов, то оплата их труда вообще не относится к процессуальным издержкам (см. комм. к ч. 1 ст. 131).

7. Представляется, что на возмещение расходов, предусмотренных п. 1—4 ч. 2 ст. 131 УПК, имеет право педагог и психолог, участвующий в деле (в качестве специалиста) — ст. 191, 280, 425 УПК.

8. В числе процессуальных издержек предусмотрены и суммы, выплачиваемые адвокату за оказание им юридической помощи по назначению органов, ведущих процесс. При этом адвокат может участвовать в деле как в качестве защитника (ст. 50 УПК), так и в качестве представителя потерпевшего. Потерпевшему компенсируются его затраты на оплату представителя. Процессуальный закон не запрещает органам расследования или суду назначить потерпевшему и «бесплатного» для него представителя (ч. 3 ст. 42 УПК).

Размеры вознаграждения адвоката по назначению, согласно ст. 9 ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», возмещаются за счет средств федерального бюджета и устанавливаются Правительством РФ[1].

Адвокату выплачивается от $^1/_4$ до 1 МРОТ (предусмотренного для регулирования оплаты труда, а также для определения размеров пособий по временной нетрудоспособности) за один день участия в процессуальных действиях. Время занятости адвоката исчисляется в днях, в которые адвокат был фактически занят выполнением поручения вне зависимости от длительности работы в течение дня.

Размер вознаграждения адвоката зависит от степени сложности дела, которая учитывается по следующим критериям:

— 1 МРОТ — по делу, рассматриваемому в суде уровня субъекта РФ и выше (подсудность по ст. 31 УПК);

— 75% МРОТ — за участие в деле по обвинению 3 и более лиц, или в 3 и более преступлений, либо при объеме материалов уголовного дела более 3 томов;

— 50% МРОТ — по делам, рассматриваемым в закрытых или выездных судебных заседаниях, в отношении несовершеннолетних, либо подозреваемых, обвиняемых, не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство, либо которые в силу физических или психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

— 25% МРОТ — по иным уголовным делам.

---

[1] См. постановление Правительства РФ от 04.07.2003 г. № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» // РГ. 10.07.2003 г.; приказ Минюста РФ № 257, Минфина РФ № 89н от 06.10.2003 г. «Об утверждении порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела» // РГ. 21.10.2003 г. более детально регламентирует размер выплат.

Размер оплаты труда адвоката может быть увеличен на 25% МРОТ в связи с высокой степенью тяжести преступления, количеством подозреваемых, обвиняемых, объемом материалов дела, необходимостью выезда адвоката в другой населенный пункт и совершением преступления отдельными категориями лиц, указанными в ст. 447 УПК.

При определении размера вознаграждения адвоката подлежат учету также процентные надбавки и районные коэффициенты к заработной плате, установленные законодательством в отдельных местностях.

Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре (ст. 10) предусматривает выплату назначенному защитнику дополнительного вознаграждения (в дополнение к основному от государства) за счет средств адвокатской палаты. Это дополнительное вознаграждение также подпадает под понятие процессуальных издержек.

9. Суммы, выплаченные третьим лицам за хранение и пересылку вещественных доказательств. Такие издержки возникают, когда в органах расследования и суде нет возможности хранить вещественные доказательства в силу их количества, громоздкости, необходимости в особых условиях хранения (см. комм. к ст. 82).

Конституционный Суд РФ признал незаконным отказ юридическому лицу в возмещении его расходов на хранение вещественных доказательств, мотивированный тем, что данное юридическое лицо не является участником уголовного процесса[1]. По мнению КС РФ, уголовно-процессуальный закон исходит из необходимости возмещения понесенных затрат лицам, вовлеченным в уголовное судопроизводство в качестве участников или иным образом привлекаемым к решению стоящих перед ним задач.

К расходам, предусмотренным п. 6 ч. 2 ст. 131 УПК, относятся затраты на хранение объектов исследований в государственном судебно-экспертном учреждении после окончания производства судебной экспертизы сверх установленных сроков[2].

К этой группе издержек можно отнести и затраты участников процесса на хранение будущих вещественных доказательств (например, оплата стоянки поврежденного в результате преступления автомобиля до его признания вещественным доказательством).

10. Суммы, израсходованные на производство судебной экспертизы в экспертных учреждениях, являются процессуальными издержками, если экспертное учреждение не структурное подразделение органов, ведущих процесс. Так, расходы экспертно-криминалистических подразделений ОВД не возмещаются в качестве издержек. Данная норма предназначена прежде всего для негосударственных экспертных учреждений, с которыми заключается договор[3].

11. Обвиняемому, временно отстраненному от должности в порядке ст. 114 УПК, выплачивается ежемесячное государственное пособие в размере 5 МРОТ, входящее в число процессуальных издержек.

Это пособие назначается при условиях:

а) обвиняемый не заключен под стражу. При содержании под стражей обвиняемый автоматически отстраняется от выполнения трудовых обязанностей и его пре-

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.11.2005 г. № 367-О.

[2] См. п. 3 ст. 15 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

[3] См. ст. 37 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

бывание в следственном изоляторе финансируется за счет средств федерального бюджета, которые не относятся к процессуальным издержкам. При помещении обвиняемого под домашний арест, как правило, отстранение от должности также не применяется, однако проживание и питание обвиняемого никем не оплачивается. В то же время он теряет свой заработок. Поэтому представляется целесообразным содержащемуся под домашним арестом обвиняемому назначать указанное пособие;

б) за обвиняемым не сохраняется его заработок по трудовому законодательству. Так, денежное содержание сохраняется за отстраненным от должности прокурором и следователем прокуратуры (ч. 1 ст. 42 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»).

12. Закон предусматривает не исчерпывающий перечень процессуальных издержек. Иные расходы для включения их в процессуальные издержки должны: соответствовать признакам издержек (см. комм. к ч. 1 ст. 131) и быть предусмотрены УПК.

К иным расходам (п. 9 ч. 2 ст. 131 УПК) могут быть отнесены:

а) расходы, непосредственно связанные с собиранием и исследованием доказательств, не подпадающие под вышеуказанные случаи: возмещение стоимости вещей, подвергшихся порче или уничтожению при производстве следственных экспериментов или экспертиз; затраты на возмещение расходов лицам, предъявляемым на опознание (кроме обвиняемых); возмещение стоимости поврежденного имущества при законном обыске (ч. 6 ст. 182);

б) расходы сторон на: отыскание и представление доказательств (ч. 2—3 ст. 86); юридическую помощь, оказываемую не адвокатами, или адвокатами по соглашению (ч. 3 ст. 42, ст. 45); снятие копий с материалов уголовного дела (п. 12 ч. 2 ст. 42); погребение после эксгумации (ч. 5 ст. 178);

в) расходы на принятие мер попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и мер по обеспечению сохранности его имущества (ст. 160). В частности, такие меры могут быть приняты по договору (например, охрана частного дома обвиняемого, заключенного под стражу).

13. Порядок возмещения процессуальных издержек в ч. 3 ст. 131 определен лишь в общем виде. Подробнее он регулируется подзаконными нормативными актами. Порядок возмещения издержек включает в себя следующие этапы:

а) разъяснение лицам их права на возмещение расходов и порядка их возмещения. Это частично реализуется в содержании бланка повестки (форма № 29 приложения 2 к Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде). Следует включить в бланки постановления о признании потерпевшим, протокол допроса свидетеля и другие документы, соответствующий текст. Для возмещения издержек в большинстве случаев требуется инициатива участников процесса (заявление, ходатайство) с приложением подтверждающих расходы документов;

б) определение размера издержек путем доказывания;

в) вынесение мотивированного постановления дознавателя, следователя, прокурора (приложение 142 к ст. 476 УПК) или судьи либо определения суда и фактическая выплата средств.

Потерпевшим, свидетелям, их законным представителям, экспертам, специалистам, переводчикам и понятым расходы должны возмещаться из средств, специально отпускаемых по смете на эти цели, немедленно по выполнении данными лицами своих обязанностей независимо от фактического получения и взыскания издержек с осужденных по уголовным делам.

Если свидетель, потерпевший, их законный представитель, эксперт, переводчик, специалист, понятой является военнослужащим, то его расходы и вознаграждение возмещаются войсковым частям по их требованию.

Если адвокат участвует в деле по назначению длительное время, то оплата его услуг производится ежемесячно, с учетом фактически отработанных дней.

При отказе или задержке в выплате средств заинтересованные лица вправе обжаловать действия органов расследования (ст. 123—125 УПК) и взыскать денежные средства в порядке гражданского судопроизводства.

Расходы по заключенным договорам возмещаются в предусмотренном этими договорами порядке, в т.ч. и до выполнения процессуальных обязанностей.

Если процессуальные издержки возмещаются стороной по ее ходатайству, то это должно быть отражено в постановлении (определении).

14. Вид и размер процессуальных издержек (возмещенных и еще не возмещенных) должны быть отражены в соответствующих справках, прилагаемых к обвинительному заключению или обвинительному акту.

15. ФЗ от 03.03.2006 г. № 33-ФЗ введена ч. 4 комм. статьи, устанавливающая общее правило о том, что размер процессуальных издержек устанавливается Правительством РФ. Однако имеются исключения. Размер утраченного заработка определяется трудовым договором. Сумма ежемесячного государственного пособия, выплачиваемого отстраненному от должности обвиняемому или подозреваемому, определяется УПК (п. 8 ч. 2 ст. 131). Вознаграждение частного эксперта, переводчика может определяться договором между ними и органами, ведущими производство по делу.

ФЗ от 03.03.2006 «О внесении изменения в статью 131 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» обязал Правительство РФ до 16.09.2006 г. установить порядок и размеры возмещения процессуальных издержек (ст. 2). До принятия соответствующего постановления действует прежнее — постановление Совмина РСФСР от 14.07.90 г. № 245 «Об утверждении Инструкции о порядке и размерах возмещения расходов и выплаты вознаграждения лицам в связи с их вызовом в органы дознания, предварительного следствия, прокуратуру или в суд». (с изм. на 04.03.2003 г.).

СТАТЬЯ 132
ВЗЫСКАНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ИЗДЕРЖЕК

1. Процессуальные издержки взыскиваются с осужденных или возмещаются за счет средств федерального бюджета.

2. Суд вправе взыскать с осужденного процессуальные издержки, за исключением сумм, выплаченных переводчику и защитнику в случаях, предусмотренных частями четвертой и пятой настоящей статьи. Процессуальные издержки могут быть взысканы и с осужденного, освобожденного от наказания.

3. Процессуальные издержки, связанные с участием в уголовном деле переводчика, возмещаются за счет средств федерального бюджета. Если переводчик исполнял свои обязанности в порядке служебного задания, то оплата его труда возмещается государством организации, в которой работает переводчик.

4. Если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета.

5. В случае реабилитации лица процессуальные издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета.

6. Процессуальные издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета в случае имущественной несостоятельности лица, с которого они должны быть взысканы. Суд вправе освободить осужденного полностью или частично от уплаты процессуальных издержек, если это может существенно отразиться на материальном положении лиц, которые находятся на иждивении осужденного.

7. Признавая виновными по уголовному делу нескольких подсудимых, суд определяет, в каком размере процессуальные издержки должны быть взысканы с каждого из них. Суд учитывает при этом характер вины, степень ответственности за преступление и имущественное положение осужденного.

8. По уголовным делам о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, суд может возложить обязанность возместить процессуальные издержки на законных представителей несовершеннолетних.

9. При оправдании подсудимого по уголовному делу частного обвинения суд вправе взыскать процессуальные издержки полностью или частично с лица, по жалобе которого было начато производство по данному уголовному делу. При прекращении уголовного дела в связи с примирением сторон процессуальные издержки взыскиваются с одной или обеих сторон.

1. Общее правило взыскания процессуальных издержек состоит в следующем. До разрешения уголовного дела процессуальные издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета или за счет участников уголовного процесса, выступающих в качестве стороны (см. комм. к ч. 1 ст. 131). При разрешении уголовного дела суд решает вопрос о взыскании процессуальных издержек со стороны, «проигравшей» уголовно-правовой спор.

Если обвиняемый реабилитирован, то издержки остаются на стороне обвинения (органах расследования — по делам публичного обвинения или на частном обвинителе — по делам частного обвинения). Представляется, что при реабилитации обвиняемого по делам публичного обвинения издержки возлагаются только на государство, поэтому потерпевшему, гражданскому истцу даже при прекращении дела должны быть возмещены их расходы, добровольно понесенные на предварительное возмещение издержек (например, оплату судебной экспертизы).

Если обвиняемый признан виновным, то издержки могут быть возложены на сторону защиты (взысканы с обвиняемого или возложены на его законных представителей).

2. Процессуальные издержки могут быть взысканы только по решению суда, т.к. только ему дано право признать обвиняемого виновным и лишить его собственности (ст. 49, 35 Конституции РФ). Решение о взыскании или возмещении процессуальных издержек принимается одновременно с постановлением приговора (п. 13 ч. 1 ст. 299 УПК). В его резолютивной части должно быть отражено, на кого и в каком размере издержки должны быть возложены (п. 3 ч. 1 ст. 309 УПК).

Если в приговоре вопрос о взыскании издержек не решен, то по практике применения УПК РСФСР этот вопрос мог быть решен в стадии исполнения приговора[1].

---

[1] См. постановление Пленума ВС СССР от 26.09.73 г. № 8 «О судебной практике по применению законодательства о взыскании судебных издержек по уголовным делам» (в ред. Пленума ВС РФ от 21.12.93 г. № 11).

Однако вопрос о взыскании судебных процессуальных издержек не имеет исполнительной направленности, поэтому, если в приговоре этот вопрос не решен, то, на наш взгляд, такой приговор может быть частично изменен или отменен в апелляционном, кассационном или надзорном порядке. После вступления приговора в законную силу взыскание издержек возможно в порядке гражданского судопроизводства.

3. Суд вправе взыскать с осужденного (вне зависимости от назначения ему наказания) издержки, кроме:

а) расходов на переводчика. Право на помощь переводчика предоставляется бесплатно (ст. 18 УПК);

б) расходов на защитника, если обвиняемый (подозреваемый) заявил об отказе от защитника, но отказ не был принят органами, ведущими процесс (см. комм. к ст. 50, 51);

в) случаев вынесения приговора в особом порядке при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (ч. 10 ст. 316).

4. О возмещении издержек переводчику и организации, в которой он работает, см. комм. к п. 4 ч. 2 ст. 131.

5. При реабилитации подозреваемого или обвиняемого полностью или в части издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета полностью или в соответствующей части. О понятии «реабилитация» см. комм. к п. 34 ст. 5; ч. 2 ст. 133.

6. Суду предоставлено право освободить осужденного (или его законного представителя) от обязанности возмещения процессуальных издержек ввиду его имущественной несостоятельности или тяжелом имущественном положении его иждивенцев. Это решение может быть принято как одновременно с постановлением приговора, так и в порядке его исполнения.

При недоказанности имущественной несостоятельности в момент постановления приговора суд вправе взыскать с осужденного процессуальные издержки. В порядке исполнения приговора судебный пристав вправе вести розыск имущества для исполнения взыскания (ст. 9, 28 ФЗ «Об исполнительном производстве», ст. 1, 12 ФЗ «О судебных приставах»). При обнаружении соответствующих оснований осужденный может быть освобожден от взыскания или сумма взыскания может быть уменьшена.

7. Для обеспечения взыскания процессуальных издержек может применяться наложение ареста на имущество (см. комм. к ст. 115).

8. При осуждении по делу нескольких лиц процессуальные издержки подлежат с них взысканию не в солидарном, а в долевом порядке с учетом вины, степени ответственности и имущественного положения каждого осужденного.

9. При осуждении несовершеннолетних суд может возложить обязанность возмещения издержек на их законных представителей только с соблюдением условий, предусмотренных гражданским правом (ст. 1074 *ГК*): а) у самого осужденного нет доходов или иного имущества, достаточных для возмещения издержек; б) законные представители не доказали, что они исполняли свои обязанности по воспитанию надлежащим образом; в) на момент исполнения взыскания издержек осужденный еще не приобрел полную дееспособность (не достиг 18 лет, отсутствует эмансипация).

10. При реабилитации обвиняемого по делу частного обвинения процессуальные издержки могут быть взысканы с частного обвинителя — так он несет «риск проигрыша» дела.

ГЛАВА 18. РЕАБИЛИТАЦИЯ

СТАТЬЯ 133
ОСНОВАНИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА НА РЕАБИЛИТАЦИЮ

1. Право на реабилитацию включает в себя право на возмещение имущественного вреда, устранение последствий морального вреда и восстановление в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах. Вред, причиненный гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством в полном объеме независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда.

2. Право на реабилитацию, в том числе право на возмещение вреда, связанного с уголовным преследованием, имеют:

1) подсудимый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор;

2) подсудимый, уголовное преследование в отношении которого прекращено в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения;

3) подозреваемый или обвиняемый, уголовное преследование в отношении которого прекращено по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 2, 5 и 6 части первой статьи 24 и пунктами 1 и 4—6 части первой статьи 27 настоящего Кодекса;

4) осужденный — в случаях полной или частичной отмены вступившего в законную силу обвинительного приговора суда и прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 части первой статьи 27 настоящего Кодекса;

5) лицо, к которому были применены принудительные меры медицинского характера, — в случае отмены незаконного или необоснованного постановления суда о применении данной меры.

3. Право на возмещение вреда в порядке, установленном настоящей главой, имеет также любое лицо, незаконно подвергнутое мерам процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу.

4. Правила настоящей статьи не распространяются на случаи, когда примененные в отношении лица меры процессуального принуждения или постановленный обвинительный приговор отменены или изменены ввиду издания акта об амнистии, истечения сроков давности, недостижения возраста, с которого наступает уголовная ответственность, или в отношении несовершеннолетнего, который хотя и достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и руководить ими в момент совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, или принятия закона, устраняющего преступность или наказуемость деяния.

5. В иных случаях вопросы, связанные с возмещением вреда, разрешаются в порядке гражданского судопроизводства.

1. В юридическом смысле термин «реабилитация» означает *восстановление в правах.* Нормы комм. главы развивают предусмотренное ст. 53 Конституции РФ право

каждого гражданина на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц.

2. В части 1 комм. статьи говорится о возмещении вреда, причиненного лицу в результате уголовного преследования, в *полном объеме*. Полное возмещение вреда согласно гражданскому законодательству (ст. 1082 *ГК*) состоит в том, что лицо, ответственное за причинение вреда, обязано возместить вред в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т.п.) или полностью возместить причиненные убытки. Под убытками понимается выраженный в денежной форме ущерб, который причинен одному лицу противоправными действиями другого лица. В это понятие входят, во-первых, расходы, произведенные кредитором, во-вторых, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб) и, в-третьих, доходы, которые он получил бы, если бы не противоправные действия должника (п. 2 ст. 15 *ГК*). Полное возмещение вреда предполагает компенсацию не только имущественного, но и морального вреда, однако согласно ч. 2 ст. 136 УПК возмещение морального вреда при реабилитации осуществляется в порядке гражданского судопроизводства.

3. По буквальному содержанию ч. 1 комм. статьи вред в полном объеме и независимо от вины правоприменителя возмещается лишь тогда, когда он является результатом *уголовного преследования,* которое текстуально не вполне точно увязано в этой статье с действиями *суда.* Необходимо учитывать, что суд не является субъектом уголовного преследования (ст. 15 УПК), хотя вследствие его решений, даже напрямую не связанных с реализацией уголовной ответственности, лицу также может быть причинен незаконный и необоснованный вред (например, вследствие исполнения постановления суда о приводе, о наложении денежного взыскания).

4. Следует иметь в виду, что вопросы ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, регулируются также ст. 1070 *ГК*. Представляется, что нормы гражданского права, установленные названной статьей, подлежат распространительному толкованию. Установленные в ней условия наступления ответственности органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда расширяются за счет оснований, предусмотренных ст. 133 УПК. В силу ст. 4 ФЗ «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» нормы нового УПК имеют приоритет над нормами всех других законов, связанных с уголовно-процессуальным правом, в т.ч. и над ст. 1070 *ГК* в ее нынешней редакции. Так, до введения в действие нового УПК возмещению в порядке ст. 1070 *ГК* подлежал только вред, причиненный в результате незаконного привлечения лица к уголовной ответственности, применения мер пресечения, заключение под стражу и подписки о невыезде. Отныне к этим случаям добавляется право на возмещение вреда вследствие незаконного или необоснованного применения принудительных мер медицинского характера, а также незаконного применения любых других мер процессуального принуждения. Ранее вред, причиненный судьей при осуществлении правосудия, возмещался лишь в случае, если вина судьи была установлена приговором суда. На основании ч. 1 ст. 133 УПК вред, причиненный судом при осуществлении *уголовного* правосудия, возмещается теперь *независимо от вины* суда.

5. Согласно ч. 2 комм. статьи имеют право на реабилитацию:

1) подсудимый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор по следующим основаниям: не установлено событие преступления; подсудимый не прича-

стен к совершению преступления; в деянии подсудимого нет признаков преступления; в отношении подсудимого коллегией присяжных заседателей вынесен оправдательный вердикт (ч. 2 ст. 302 УПК);

2) подсудимый, уголовное преследование (дело) в отношении которого прекращено в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения (ч. 3 ст. 249, п. 2 ст. 254 УПК);

3) подозреваемый или обвиняемый, уголовное преследование в отношении которого прекращено:

— в связи с отсутствием события преступления; отсутствием в деянии состава преступления; отсутствием заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению; отсутствием согласия суда на возбуждение уголовного дела или на привлечение в качестве обвиняемого, когда по закону (п. 1—5, 9, 10 ч. 1 ст. 448 УПК) такое согласие необходимо (п. 1, 2, 5, 6 ч. 1 ст. 24),

— в связи с непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления; при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению; при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела; при отказе Совета Федерации или Государственной Думы в удовлетворении ходатайства Генерального прокурора РФ о направлении уголовного дела в отношении члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы в суд; при отказе Государственной Думы в даче согласия на привлечение к уголовной ответственности Уполномоченного по правам человека в РФ; при отказе Государственной Думы в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, и (или) отказ Совета Федерации в лишении неприкосновенности данного лица (п. 1, 4—8 ч. 1 ст. 27 УПК);

4) осужденный — в случаях полной или частичной отмены вступившего в законную силу обвинительного приговора суда и прекращения уголовного дела по следующим основаниям: ввиду непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ст. 27 УПК) или при наличии оснований, предусмотренных для отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела (п. 1, 2, 5, 6 ч. 1 ст. 24 УПК). В пункте 4 ч. 2 комм. статьи упоминается п. 2 ч. 1 ст. 27 как основание для отмены обвинительного приговора и прекращения дела, влекущее реабилитацию. Однако этот пункт содержит ссылку на п. 1— 6 ч. 1 ст. 24, где названы различные основания для прекращения уголовного дела, не все из которых влекут за собой реабилитацию обвиняемого. Так, согласно ч. 4 ст. 133 УПК такое основание, как *истечение сроков давности уголовного преследования* (п. 3 ч. 1 ст. 24), права на реабилитацию не создает. По смыслу п. 4 ч. 1 ст. 24 прекращение уголовного дела ввиду *смерти обвиняемого* также означает, что отсутствует необходимость в продолжении производства в целях реабилитации умершего. Если такая необходимость признана, должно иметь место не прекращение вышестоящим судом дела, а направление его на новое рассмотрение в суд первой инстанции и вынесение оправдательного приговора, который и приведет к реабилитации. Указанные изъятия необходимо учитывать при применении комм. статьи. Трудности могут возникнуть при определении

размера возмещения имущественного вреда при *частичной отмене* обвинительного приговора, т.к. абсолютно точно вычленить долю вреда, причиненного частично незаконным и необоснованным уголовным преследованием, завершившимся обвинительным приговором, не всегда представляется возможным (например, в случае, когда обвиняемому неправильно инкриминировалась идеальная совокупность преступлений). Представляется, что при частичной реабилитации определение доли вреда, *не подлежащего* возмещению, в случаях, поддающихся арифметической оценке, может осуществляться путем синтетического *пропорционального* подхода, а именно пропорционально тому соотношению, в котором находятся срок или размер наказания, оставленные в силе вышестоящим судом, и общий срок и размер наказания, первоначально назначенный по приговору, подвергшемуся пересмотру. Остальной вред подлежит возмещению;

5) лицо, к которому были применены принудительные меры медицинского характера, предусмотренные гл. 15 *УК* и гл. 51 УПК — в случае отмены незаконного или необоснованного постановления суда о применении данной меры.

В случае смерти реабилитированного право на возмещение имущественного вреда переходит к его наследникам (ст. 1112 *ГК*), а в части получения пенсий и пособий, если их выплата не была произведена в связи с уголовным преследованием, — к тем членам его семьи, которые отнесены законом к кругу лиц, обеспечиваемых пенсией по случаю потери кормильца (ст. 9 ФЗ от 17.12.2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»). Право на возмещение вреда в результате смерти кормильца принадлежит также лицам, указанным в ст. 1088 *ГК*.

В части 3 комм. статьи упоминается лишь о *незаконных* действиях органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда в отношении лиц, подвергнутых мерам процессуального принуждения. Однако применение этих мер может быть и вполне правомерным, если для этого в тот момент имелись законные процессуальные основания. Например, лицо было задержано вследствие ошибочного указания на него потерпевшим и очевидцами; затем ошибка была обнаружена и задержанного освободили, причем ему был причинен в ходе задержания вред. В подобных случаях было бы несправедливо отказывать лицу в возмещении вреда. Представляется, что возмещению подлежит как вред, причиненный реабилитированному при совершении в отношении него собственно незаконных или необоснованных действий, так и в результате законных и обоснованных на момент своего производства действий, которые, однако, были связаны с *напрасным* уголовным преследованием. Вместе с тем исчерпывающий перечень мер процессуального принуждения дан в гл. 4 УПК. Среди них не названы такие принудительные меры, как обыск, выемка и другие следственные действия, осуществляемые в принудительном порядке, за исключением личного обыска (ст. 93 УПК). По буквальному смыслу этих норм не возникает право на возмещение вреда в порядке, установленном гл. 18, например, в случае его причинения лицу при проведении следователем, органом дознания или дознавателем незаконного обыска в жилище или ином месте (ст. 182 УПК), хотя подлежит вред, причиненный при личном обыске (ст. 93, 184 УПК), поскольку последний указан в гл 4 УПК. На наш взгляд, такой подход был бы не логичен и явно несправедлив, поэтому понятие «меры процессуального принуждения» для целей комм. статьи следует толковать расширительно — как любые принудительные процессуальные (в т.ч. следственные) действия, произведенные органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором и судом в ходе уголовного судопроизводства.

Следует иметь в виду, что право на реабилитацию не возникает, когда примененные в отношении лица меры процессуального принуждения или постановленный обвинительный приговор отменены или изменены ввиду издания акта об амнистии, истечения сроков давности, недостижения возраста, с которого наступает уголовная ответственность, или в отношении несовершеннолетнего, который хотя и достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и руководить ими в момент совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, а также ввиду принятия уголовного закона, устраняющего преступность или наказуемость деяния.

Иными случаями причинения вреда, которые согласно ч. 5 комм. статьи рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства, могут быть, например, случаи причинения вреда незаконными действиями, произведенными при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, неправомерными действиями судебного пристава или судебного пристава-исполнителя и т.д. Такой вред должен возмещаться по основаниям и в порядке, предусмотренном ст. 1064, 1069 *ГК*.

СТАТЬЯ 134
ПРИЗНАНИЕ ПРАВА НА РЕАБИЛИТАЦИЮ

1. Суд в приговоре, определении, постановлении, а прокурор, следователь, дознаватель в постановлении признают за оправданным либо лицом, в отношении которого прекращено уголовное преследование, право на реабилитацию. Одновременно реабилитированному направляется извещение с разъяснением порядка возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием.

2. При отсутствии сведений о месте жительства наследников, близких родственников, родственников или иждивенцев умершего реабилитированного извещение направляется им не позднее 5 суток со дня их обращения в органы дознания, органы предварительного следствия или в суд.

1. Право на реабилитацию признается судом: в приговоре, определении, постановлении, а прокурор, следователь, дознаватель — в постановлении о прекращении уголовного дела (к сожалению, в ст. 213 УПК, регулирующей содержание такого постановления, об этом ничего не сказано).

2. В извещении, которое направляется реабилитированному, излагаются: сведения об органах, в которые вправе обратиться реабилитированный; сроках обращения о возмещении имущественного вреда; порядке рассмотрения требования о возмещении имущественного вреда и требования о восстановлении иных прав реабилитированного; о порядке обжалования решения о производстве выплат и восстановлении иных прав; о порядке возмещения морального вреда.

3. В случае смерти реабилитированного право на возмещение имущественного вреда переходит к его наследникам (ст. 1116 *ГК*), а в части получения пенсий и пособий, если их выплата не была произведена в связи с уголовным преследованием, — к тем членам его семьи, которые отнесены законом к кругу лиц, обеспечиваемых пенсией по случаю потери кормильца (ст. 9 ФЗ от 17.12. 2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»). Право на возмещение вреда в результате смерти кормильца принадлежит также лицам, указанным в ст. 1088 *ГК* (см. о них в п. 3 комм. к ст. 44).

Следует, однако, иметь в виду, что речь в ст. 1088 *ГК* идет об имущественной ответственности только за действия, находящиеся в причинной связи со смертью кормильца, т.е. применительно к данному случаю — за незаконные и необоснованные действия (бездействие) органов предварительного расследования, прокурора или суда, приведшие к смерти реабилитированного подозреваемого или обвиняемого.

СТАТЬЯ 135
ВОЗМЕЩЕНИЕ ИМУЩЕСТВЕННОГО ВРЕДА

1. Возмещение реабилитированному имущественного вреда включает в себя возмещение:

1) заработной платы, пенсии, пособия, других средств, которых он лишился в результате уголовного преследования;

2) конфискованного или обращенного в доход государства на основании приговора или решения суда его имущества;

3) штрафов и процессуальных издержек, взысканных с него во исполнение приговора суда;

4) сумм, выплаченных им за оказание юридической помощи;

5) иных расходов.

2. В течение сроков исковой давности, установленных Гражданским кодексом Российской Федерации, со дня получения копии документов, указанных в части первой статьи 134 настоящего Кодекса, и извещения о порядке возмещения вреда реабилитированный вправе обратиться с требованием о возмещении имущественного вреда в орган, постановивший приговор и (или) вынесший определение, постановление о прекращении уголовного дела, об отмене или изменении незаконных или необоснованных решений. Если уголовное дело прекращено или приговор изменен вышестоящим судом, то требование о возмещении вреда направляется в суд, постановивший приговор.

3. Требование о возмещении имущественного вреда может быть заявлено законным представителем реабилитированного.

4. Не позднее одного месяца со дня поступления требования о возмещении имущественного вреда судья, прокурор, следователь или дознаватель определяет его размер и выносит постановление о производстве выплат в возмещение этого вреда. Указанные выплаты производятся с учетом уровня инфляции.

5. Требование о возмещении имущественного вреда разрешается судьей в порядке, установленном статьей 399 настоящего Кодекса для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора.

6. Копия постановления вручается или направляется реабилитированному, а в случае его смерти — лицам, указанным в части второй статьи 134 настоящего Кодекса.

1. Возмещение имущественного вреда, если интерпретировать его в понятиях гражданского права (ч. 2 ст. 15, 1083 *ГК*), может включать в себя:

а) возмещение *расходов* реабилитированного: штрафы и процессуальные издержки, суммы, использованные на получение юридической помощи, иные расходы (п. 3, 4, 5 ч. 1 комм. статьи). Представляется, что *иные расходы* в соответствии с требованиями гражданского законодательства должны находиться в прямой причинной свя-

з и
с противоправными действиями органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда. Это могут быть, например, расходы на лечение, дополнительное питание, приобретение лекарств, протезирование, посторонний уход, санаторно-курортное лечение, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии, если установлено, что лицо нуждается в этих видах помощи и ухода и не имеет права на их бесплатное получение (ст. 1084 *ГК*); расходы на ремонт поврежденного имущества, покупку новой вещи взамен утраченной, в т.ч. расходы на эти цели, которые лицо *должно будет* произвести в будущем;

б) возмещение *утраты или повреждения имущества*, под которым в комм. статье понимается только *конфискованное имущество* (п. 2 ч. 1). Это до некоторой степени может осложнить реализацию права реабилитированного на полное возмещение вреда, т.к. утрата или повреждение может коснуться не только конфискованного, но и прочего имущества. Если, например, применяя к реабилитированному меры принуждения в ходе задержания, привода или обыска работники органа дознания порвали его одежду, разбили автомашину, повредили домашнюю обстановку и т.п., причиненный ущерб, без сомнения, должен быть возмещен. Правда, его можно отнести и к категории иных расходов — по ремонту или приобретению новой вещи взамен испорченной. Но тогда придется доказывать (на практике, скорее всего, самому реабилитированному), что указанные расходы для него неизбежны, поскольку эта вещь будет в дальнейшем необходима ему или его семье;

в) возмещение *упущенной выгоды*: неполученные заработная плата, пенсия, пособия и другие денежные средства (дивиденды по акциям и иной доход), законной возможности получить которые реабилитированный лишился в результате действий органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда (п. 1 ч. 1);

г) возмещение *вреда в натуре* (предоставление вещи того же рода и качества, либо исправление поврежденной вещи).

Следует иметь в виду, что решением Верховного Суда РФ от 05.04.2004 № ГКПИ 03-1383 «О признании недействующими пунктов 7 и 10 Инструкции по применению Положения о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, утвержденной Минюстом СССР, Прокуратурой СССР, Минфином СССР 02.03.82» удовлетворено заявление Трунова И.Л. о признании недействующей и не подлежащей применению этой Инструкции о признании недействующими и не подлежащими применению с момента вступления решения в законную силу п. 7 в части, ограничивающей *право на полное возмещение убытков*, а также п. 10 в части слов «шести месяцев»[1].

2. Согласно ч. 2 комм. статьи реабилитированный вправе обратиться с требованием о возмещении имущественного вреда в орган, постановивший приговор и (или) вынесший определение, постановление о прекращении уголовного дела, об отмене или изменении незаконных или необоснованных решений. Это может быть: а) суд, постановивший оправдательный приговор, прекративший уголовное преследование или вынесший постановление о признании незаконными и необоснованными действий (бездействие) соответствующего должностного лица в порядке ст. 125 УПК; б) вышестоящий суд, вынесший определение или постановление об отмене или изменении незаконных или необоснованных решений; в) следователь или дознаватель,

[1] БВС РФ. 2004 г. № 12.

в случае прекращения ими уголовного дела; г) прокурор, прекративший уголовное дело или отменивший незаконные или необоснованные решения следователя, дознавателя или нижестоящего прокурора, причинившие подлежащий возмещению вред.

3. На практике доказывание указанных выше обстоятельств, как правило, потребует участия со стороны реабилитируемого лица — в виде представления им дополнительных материалов: медицинских и платежных документов, счетов, калькуляций, договоров и, кроме того, нередко может нуждаться в проведении экспертиз (медицинских, товароведческих и т.д.) и допросе свидетелей. Это может занять времени значительно больше, чем один месяц, и, кроме того, возможно лишь в рамках полного судебного следствия, в котором допускается получение *новых* доказательств. К сожалению, к этому мало приспособлен, по сути, непроцессуальный способ определения размера вреда прокурором, следователем и дознавателем (ч. 4 комм. статьи), а также судебная процедура в порядке разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора (ст. 399 УПК), предназначенная для рассмотрения требований реабилитированного (ч. 5). В частности, в судебном заседании при разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора не допрашиваются свидетели, не проводятся другие судебные следственные действия.

4. Возмещение реабилитированным вреда производится за счет казны того уровня, к которому принадлежит орган, принявший незаконное или необоснованное решение или совершивший действия, повлекшие вред. В настоящее время он возмещается за счет средств федерального казначейства.

СТАТЬЯ 136
ВОЗМЕЩЕНИЕ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

1. Прокурор от имени государства приносит официальное извинение реабилитированному за причиненный ему вред.

2. Иски о компенсации за причиненный моральный вред в денежном выражении предъявляются в порядке гражданского судопроизводства.

3. Если сведения о задержании реабилитированного, заключении его под стражу, временном отстранении его от должности, применении к нему принудительных мер медицинского характера, об осуждении реабилитированного и иных примененных к нему незаконных действиях были опубликованы в печати, распространены по радио, телевидению или в иных средствах массовой информации, то по требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников либо по письменному указанию суда, прокурора, следователя, дознавателя соответствующие средства массовой информации обязаны в течение 30 суток сделать сообщение о реабилитации.

4. По требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны в срок не позднее 14 суток направить письменные сообщения о принятых решениях, оправдывающих гражданина, по месту его работы, учебы или месту жительства.

1. Под моральным вредом понимаются нравственные и физические страдания, причиненные деяниями, посягающими на личные неимущественные права или другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину, а в случаях, специально предусмотренных законом, — и нарушающими имущественные права гражданина (ст. 151 *ГК*).

2. Согласно ч. 1 ст. 133 УПК вред, причиненный реабилитированному в результате любых действий по уголовному преследованию, подлежит возмещению в полном объеме независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда. Это касается и морального вреда, что расширяет основания его компенсации по сравнению с теми основаниями для возмещения морального вреда без вины, которые указаны в ст. 1100 *ГК* (незаконное осуждение, незаконное привлечение к уголовной ответственности, незаконное применение в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконное наложение административного взыскания в виде ареста или исправительных работ).

3. По смыслу комм. статьи и ч. 1 ст. 133 УПК следует разграничивать устранение последствий морального вреда и компенсацию за причиненный моральный вред в денежном выражении. К устранению последствий морального вреда относятся: а) принесение официального извинения от имени государства; б) опровержение порочащих лицо сведений, связанных с применением к нему незаконных действий, распространенных в средствах массовой информации или иным образом. Денежная компенсация морального вреда осуществляется в порядке гражданского судопроизводства. Представляется, что принесение официального извинения от имени государства должно производиться прокурором, в устной форме и официальной обстановке. Закон не указывает, какой именно прокурор должен от имени государства принести извинение. Однако, поскольку постановление судьи должно быть конкретным и не порождать неясностей при его исполнении, указание в постановлении судьи, на какого прокурора он возложил исполнение такой обязанности (с учетом мнения реабилитированного), не противоречит закону[1].

4. Письменное указание суда, следователя, дознавателя, принявшими решение о реабилитации, средствам массовой информации о публикации сообщения о реабилитации является обязательным для исполнения последними в течение 30 суток. К средствам устранения последствий морального вреда относится и направление в 14-дневный срок по требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников письменных сообщений о реабилитации лица по месту его работы, учебы и месту жительства.

СТАТЬЯ 137
ОБЖАЛОВАНИЕ РЕШЕНИЯ О ПРОИЗВОДСТВЕ ВЫПЛАТ

Постановления судьи, прокурора, следователя, дознавателя о производстве выплат, возврате имущества могут быть обжалованы в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса.

1. Постановления судьи, прокурора, следователя, дознавателя о производстве выплат, возврате имущества может быть обжаловано в районный суд по месту производства предварительного расследования (ст. 125 УПК).

2. Соответствующее постановление судьи может быть обжаловано, согласно ст. 127 гл. 16 УПК, в апелляционную (для постановлений мировых судей), кассационную (гл. 45), надзорную судебные инстанции (гл. 48) или в порядке возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (гл. 43—45, 48—49).

[1] БВС РФ. 2004. № 1.

СТАТЬЯ 138
ВОССТАНОВЛЕНИЕ ИНЫХ ПРАВ РЕАБИЛИТИРОВАННОГО

1. Восстановление трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав реабилитированного производится в порядке, установленном статьей 399 настоящего Кодекса для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора. Если требование о возмещении вреда судом не удовлетворено или реабилитированный не согласен с принятым судебным решением, то он вправе обратиться в суд в порядке гражданского судопроизводства.

2. Реабилитированным, которые были лишены на основании судебного решения специальных, воинских и почетных званий, классных чинов, а также государственных наград, восстанавливаются соответствующие звания, классные чины и возвращаются государственные награды.

1. В соответствии с комм. статьей восстановление трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав реабилитированного производится по судебному решению, вынесенному в порядке, установленном для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора. По аналогии со ст. 399 УПК судебное производство начинается по ходатайству реабилитированного. Представляется, что в судебное заседание должны вызываться представители государственных органов, администрации органов местного самоуправления или организаций, на которых может быть возложена обязанность по исполнению решения о восстановлении указанных прав. Названные лица вправе знакомиться с представленными в суд материалами, участвовать в их рассмотрении, заявлять ходатайства и отводы, давать объяснения, представлять документы.

2. В части 1 комм. статьи установлено, что если требование о возмещении вреда судом не удовлетворено или реабилитированный не согласен с принятым судебным решением, то он вправе обратиться в суд в порядке гражданского судопроизводства. Реализация данного положения приведет к тому, что смогут параллельно существовать два противоположных или противоречащих друг другу судебных решения — вынесенные в порядке ст. 399 УПК и в порядке гражданского судопроизводства. В комм. статье не содержится указания на то, что подача реабилитированным лицом иска в порядке гражданского судопроизводства отражается на вступлении в законную силу постановления судьи, принятого согласно ст. 399. Если оба они вступят в законную силу, возникнет странное положение, когда оба этих решения равно подлежат исполнению, что может повлечь за собой приостановление исполнительного производства в силу п. 1 ст. 21 ФЗ «Об исполнительном производстве».

3. Гражданину, освобожденному от работы (должности) в связи с незаконным осуждением, применением принудительных мер медицинского характера либо отстраненному от должности в связи с незаконным привлечением к уголовной ответственности, должна быть предоставлена прежняя работа (должность). Запись, занесенная в трудовую книжку в связи с увольнением, признается недействительной. Администрация предприятия, учреждения, организации выдает ему дубликат трудовой книжки без внесения в нее записи, признанной недействительной.

4. Согласно подп. 5 п. 1 ст. 11 ФЗ от 17.12.2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в страховой стаж, необходимый для назначения пенсии, наравне с периодами работы или иной деятельности, засчитывается период содержания под

стражей лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности и период отбывания наказания этими лицами в местах лишения свободы. Время содержания под стражей, время отбывания наказания, а также время, в течение которого гражданин не работал в связи с отстранением от должности, засчитывается не только в общий трудовой стаж, но и в стаж работы по специальности. Это время включается также в непрерывный стаж (имеющий значение, например, для предоставления ежегодных оплачиваемых отпусков (ч. 2 ст. 122 *ТК*); дающий право на получение ряда профессиональных надбавок к заработной плате[1]), если перерыв между днем вступления в законную силу оправдательного приговора либо вынесения постановления (определения) о прекращении уголовного дела и днем поступления на работу не превышает 3 месяцев[2].

Органы государственной власти или органы местного самоуправления, администрация организации (в зависимости от того, в чьей собственности, полном хозяйственном ведении или оперативном управлении находится соответствующий жилищный фонд) возвращают гражданину, утратившему право пользования жилым помещением вследствие незаконного осуждения, ранее занимаемое им жилое помещение, а при невозможности возврата предоставляют ему в установленном порядке вне очереди в том же населенном пункте равноценное благоустроенное жилое помещение с учетом действующих норм жилой площади и состава семьи.

5. Решение суда о восстановлении званий, классных чинов и возвращении государственных наград исполняется тем государственным органом, который полномочен присваивать соответствующие звания, классные чины и т.д.

СТАТЬЯ 139
ВОЗМЕЩЕНИЕ ВРЕДА ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦАМ

Вред, причиненный юридическим лицам незаконными действиями (бездействием) и решениями суда, прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания, возмещается государством в полном объеме в порядке и сроки, которые установлены настоящей главой.

В комм. статье речь идет о возмещении не вреда, причиненного незаконным или необоснованным уголовным преследованием, как это имеет место в случае лиц физических (ч. 1 ст. 133 УПК), поскольку юридические лица не являются субъектами уголовной ответственности, а вреда, наступившего в результате незаконного применения мер процессуального принуждения в ходе уголовного судопроизводства (обыска, выемки, наложения ареста на имущество и т.д.). Юридическим лицам возмещается лишь имущественный вред, а также устраняются или компенсируются последствия вреда, причиненного их деловой репутации. Возмещение имущественного вреда юридическим лицам производится по правилам ст. 135 УПК, а устранение последствий

---

[1] См., например: п. 6.1 Положения об оплате труда работников здравоохранения, утв. приказом Минздрава РФ от 15.10.99 г. № 377. // РГ. 09.12.2005.

[2] См. ст. 6—8 Положения о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, утв. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 18.05.81 г. (Свод законов СССР. 1984. Т. 2. С. 60), которые продолжают действовать в той его части, в которой оно не противоречит действующему российскому законодательству (см. об этом решение ВС РФ от 5.04.2004 № ГКПИ03-1383 // БВС РФ. 2004. № 12).

или денежная компенсация вреда, причиненного их деловой репутации, — соответственно ст. 136 УПК и ст. 152 *ГК*.

Часть вторая

ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

РАЗДЕЛ VII. ВОЗБУЖДЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

ГЛАВА 19. ПОВОДЫ И ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

СТАТЬЯ 140
ПОВОДЫ И ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Поводами для возбуждения уголовного дела служат:

1) заявление о преступлении;

2) явка с повинной;

3) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников.

2. Основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления.

1. Возбуждение уголовного дела — это первая и обязательная для каждого уголовного дела стадия уголовного судопроизводства, которая представляет собой процедуру принятия решения о начале принудительной процессуальной деятельности или об отказе в этом.

Непосредственной задачей стадии возбуждения дела является установление признаков преступления или обстоятельств, исключающих производство по делу (оснований для отказа в возбуждении дела — ст. 24 УПК).

Содержание данной стадии составляет уголовно-процессуальная деятельность по приему, регистрации, проверке и рассмотрению первичной информации о преступлениях.

Данная стадия начинается с появления повода для возбуждения дела и заканчивается решением о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом.

Значение стадии возбуждения уголовного дела выражено в следующем:

а) определение конкретного момента начала досудебного производства (а по делам частного обвинения — судебного производства) обеспечивает контроль над сроками расследования (судебного разбирательства);

б) обеспечиваются права заявителя (он ставится в известность о принятом по его заявлению решении и вправе обжаловать отказ в возбуждении дела);

в) актом возбуждения дела создается условие для производства принудительных процессуальных действий;

г) стадия возбуждения дела является «фильтром» для информации, которая заведомо не содержит сведений о преступлениях;

д) данная стадия призвана отделить непроцессуальную деятельность (оперативно-розыскную, административную) от уголовно-процессуальной.

2. Повод для возбуждения уголовного дела — это сообщение о преступлении, полученное из предусмотренного комм. статьей источника, прием которого обязывает органы расследования (а по делам частного обвинения — судью) приступить к процессуальной деятельности. С момента появления повода для возбуждения дела начинается уголовный процесс (предусмотренная УПК деятельность по его регистрации и проверке).

Сообщение может быть о совершенном, совершаемом или готовящемся преступлении.

3. Комм. статья предусматривает три повода для возбуждения уголовного дела. Выделение этих разновидностей объясняется различием предъявляемых к ним требований, обеспечением прав заявителей и лиц, явившихся с повинной (см. комм. к ст. 144).

Для возбуждения дел частного и частно-публичного обвинения исключительным поводом является заявление потерпевшего (ч. 2, 3 ст. 20 УПК).

4. О заявлении о преступлении см. комм. к ст. 141.

5. О явке с повинной см. комм. к ст. 142.

6. Сообщение о преступлении, полученное из иных источников, как повод для возбуждения дела, в действительности, предстает в виде рапорта об обнаружении признаков преступления (п. 43 ст. 5, ст. 143 УПК). Информация о преступлении не влечет обязанности совершения процессуальных действий до тех пор, пока она не попала в поле зрения правоохранительных органов. С момента обнаружения этой информации она оформляется рапортом, который и является настоящим поводом. Поэтому процессуальный закон предусматривает исчерпывающий перечень источников первичной информации о преступлении, способных служить поводом для возбуждения дела. Однако редакция п. 3 ч. 1 ст. 140 подчеркивает, что рапорт может быть основан на любых известных источниках сообщений — информации. Это означает, что при обнаружении преступления повод (рапорт) всегда найдется как формальная точка отсчета начала процессуальной деятельности.

7. Поводы для возбуждения уголовного дела, как правило, являются доказательствами в виде иных документов (ст. 84 УПК) и должны соответствовать предъявляемым к ним требованиям (относимости и допустимости).

8. Для возбуждения уголовного дела кроме повода необходимо основание. В качестве основания для возбуждения дела Кодекс называет наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления. Толковать данную норму необходимо с учетом следующих обстоятельств:

а) данные должны быть в виде уголовно-процессуальных доказательств (см. комм. к ст. 74). Информация, признанная недопустимой, не имеет юридической силы (ч. 1 ст. 75 УПК);

б) данных должно быть достаточно для вероятного вывода о наличии преступления. Решение о возбуждении уголовного дела является вспомогательным, промежуточным, поэтому может быть основано на предположительно установленных фактах. Для возбуждения дела достаточно обоснованного предположения, что преступление могло быть. Вероятный характер оснований обусловливает приблизительную квалификацию преступления при возбуждении уголовного дела.

В самом поводе для возбуждения уголовного дела могут содержаться достаточные данные (рапорт оперативного сотрудника с приложенными материалами оперативной проверки — результатами ОРД). Кроме того, данные появляются в результате проверки повода к возбуждению дела в порядке ч. 1 ст. 144 УПК (из протокола осмотра места происшествия, объяснений очевидцев, акта ревизии);

в) данные должны указывать на признаки преступления: общественную опасность, виновность, противоправность, наказуемость (ч. 1 ст. 14 *УК*). Для возбуждения дела не требуется выявить все признаки состава преступления, это задача последующих стадий. Признаки преступления на стадии возбуждения дела прежде всего

выявляются путем установления объекта и объективной стороны состава преступления (по терминологии УПК — события преступления). Субъект и субъективная сторона состава преступления могут предполагаться. Например, обнаружен труп человека с признаками насильственной смерти. Это является основанием для возбуждения дела по факту обнаружения трупа (вне зависимости от установления субъекта преступления, его возраста, вменяемости, формы вины). Акцент комм. нормы не на самом преступлении, а на его признаках позволяет считать правильным формулировку о том, что дело возбуждается не по факту кражи (т.е. самого преступления), а по факту «пропажи» (т.е. признаков преступления).

9. По общему правилу уголовное дело возбуждается *по факту* совершения деяния, содержащего признаки преступления. Закон не связывает возбуждение дела с признаками субъекта преступления (лица, совершившего деяние). Однако в ряде случаев УПК предусматривает возбуждение уголовного дела *в отношении лица* (п. 1 ч. 1 ст. 46; п. 2 ч. 3 ст. 49; ч. 4 ст. 146; ч. 3 ст. 154; ч. 2 ст. 223; ч. 6 ст. 318; ч. 1 ст. 448). Бланки соответствующих постановлений (приложения 12—14 к УПК) предусматривают возбуждение дела по признакам преступления или в отношении лица, в деянии которого усматриваются признаки преступления. В связи с возможностью возбуждения дела в отношении лица содержание ч. 2 ст. 140 следует признать пробельным и подлежащим расширительному толкованию.

Если уголовное дело возбуждается в отношении лица, то основанием для его возбуждения (кроме указанных в ч. 2 ст. 140 данных) являются *достаточные данные, указывающие на совершения деяния данным лицом*. При этом для обеспечения права на защиту при наличии таких данных орган дознания, следователь или прокурор обязаны возбуждать дело в отношении лица, а не по факту. Тогда соответствующее лицо приобретет статус подозреваемого (ч. 1 ст. 46) и имеет право получить копию постановления о возбуждении дела. Практически это означает обязанность указать фамилию подозреваемого в постановлении о возбуждении уголовного дела, когда в момент его вынесения есть сведения об участии данного лица в совершении преступления (например, в заявлении пострадавшего прямо указано лицо, совершившее преступление) (о постановлении о возбуждении дела см. комм. к ч. 2 ст. 146).

Уголовное дело всегда должно возбуждаться в отношении конкретных лиц по признакам таких преступлений, которые могут быть совершены точно определенным лицом (например, отказ в предоставлении гражданину информации — ст. 140 *УК*; разглашение тайны усыновления (удочерения) — ст. 155 *УК*; злостное уклонение от уплаты средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей — ст. 157 *УК*; присвоение или растрата — ст. 160 *УК*; незаконное получение кредита — ст. 176 *УК*; уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица — ст. 198 *УК*; злоупотребление полномочиями и должностными полномочиями — ст. 201, 285 *УК*; получение взятки — ст. 290 *УК*; дача взятки — 291 *УК*; заведомо ложный донос — 306 *УК*; заведомо ложные показание, заключение эксперта или неправильный перевод — 307 *УК*; отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний — 308 *УК* и др.).

Возбуждение дела в отношении конкретного лица означает возникновение подозрения, поэтому смысл возбуждения дела в отношении конкретного лица более точно отражается в термине «возбуждение уголовного преследования», употребляемом в ч. 2 ст. 459 УПК, или «привлечение к уголовному преследованию», употребляемом в названии ст. 23 УПК.

СТАТЬЯ 141
ЗАЯВЛЕНИЕ О ПРЕСТУПЛЕНИИ

1. Заявление о преступлении может быть сделано в устном или письменном виде.

2. Письменное заявление о преступлении должно быть подписано заявителем.

3. Устное заявление о преступлении заносится в протокол, который подписывается заявителем и лицом, принявшим данное заявление. Протокол должен содержать данные о заявителе, а также о документах, удостоверяющих личность заявителя.

4. Если устное сообщение о преступлении сделано при производстве следственного действия или в ходе судебного разбирательства, то оно заносится соответственно в протокол следственного действия или протокол судебного заседания.

5. В случае, когда заявитель не может лично присутствовать при составлении протокола, его заявление оформляется в порядке, установленном статьей 143 настоящего Кодекса.

6. Заявитель предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложный донос в соответствии со статьей 306 Уголовного кодекса Российской Федерации, о чем в протоколе делается отметка, которая удостоверяется подписью заявителя.

7. Анонимное заявление о преступлении не может служить поводом для возбуждения уголовного дела.

1. Заявление как повод к возбуждению уголовного дела представляет собой удостоверенное определенным лицом (заявителем) сообщение о преступлении, к совершению которого он считает себя непричастным, направленное органам уголовного преследования или в суд.

2. Содержание и форма заявления должны отвечать требованиям доказательства в виде иного документа (ст. 84 УПК) или протокола (ст. 83, 166).

Заявление является поводом к возбуждению дела, если оно содержит хотя бы один из двух элементов:

а) информацию о признаках преступления. Например, заявитель сообщает об обнаружении трупа, но просит не привлекать виновных к ответственности. Такое заявление все равно будет поводом к возбуждению дела;

б) просьбу о привлечении каких-либо лиц к уголовной ответственности. Даже если в таком заявлении не усматривается признаков преступления, оно все равно является поводом к возбуждению дела — влечет обязанность принять заявление, проверить его и вынести решение (признаки преступления могут быть обнаружены в результате проверки из других источников). Этот элемент недооценивается в п. 17.2 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900.

Если письменное заявление не содержит достаточных сведений, то от заявителя могут быть получены объяснения в порядке ст. 144 УПК или оформлено устное заявление о преступлении в порядке ч. 3 ст. 141.

Если заявитель сообщает о своем участии в преступлении, то такое сообщение при соблюдении условий ст. 142 УПК является явкой с повинной или может быть оформлено рапортом по ст. 143 УПК.

Заявление является поводом к возбуждению дела, если в нем есть сведения о первоисточнике информации. По аналогии с личным доказательством — показаниями следует признать, что заявления, основанные на догадке, предположении, слухе или ином неизвестном первоисточнике осведомленности, не являются допустимыми доказательствами (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК). Как недопустимые доказательства они не имеют юридической силы и не могут служить поводом для возбуждения дела. Неизвестность первоисточника (происхождения информации) приравнивает такое заявление к анонимному и влечет соответствующие последствия (см. комм. к ч. 7 рассматриваемой статьи). Например, заявитель сообщает, что такое-то должностное лицо получило денежную сумму в виде взятки. При этом заявитель не может сообщить (в письменном заявлении не указано), откуда ему стало об этом известно. Такое заявление, как и анонимное, не является поводом к возбуждению дела.

Первоисточником информации могут быть воспринимаемые лично заявителем факты, другие названные им лица, текст публикации (см. комм. к ст. 75).

3. Заявление может исходить от любых лиц, не наделенных правом самим возбуждать уголовные дела. Заявителем может быть сам пострадавший, очевидец, иное физическое, юридическое или должностное лицо. Особой разновидностью заявления следует признать запрос иностранного государства о возбуждении дела (см. комм. к ст. 459).

4. К заявлениям по делам частного и частно-публичного обвинения предъявляются особые требования. По делу частно-публичного обвинения заявителем должен быть сам потерпевший (см. комм. к ст. 147). По делам частного обвинения заявление подается либо потерпевшим, либо его законным представителем в письменной форме, с копиями по числу обвиняемых, с соблюдением ряда дополнительных реквизитов, т.к. заявление по делу частного обвинения «заменяет» обвинительное заключение или обвинительный акт по делам публичного обвинения (см. комм. к ст. 318).

5. Письменное заявление должно быть удостоверено подписью заявителя. При этом удостоверение означает не только наличие неразборчивого росчерка пера, но и приведение необходимых сведений о личности заявителя: фамилии, имени, отчества (желательно и адреса, телефона). Отсутствие сведений о заявителе делает заявление анонимным (см. комм. к ч. 7 рассматриваемой статьи).

6. Устное заявление фиксируется в специально предназначенном для этого протоколе принятия устного заявления (приложение 2 к ст. 476 УПК) или в протоколе следственного действия (судебного заседания). При этом особое внимание необходимо уделять установлению личности заявителя.

Обязанность принять и зафиксировать устное заявление о преступлении вне зависимости от подследственности или подсудности возложена на лиц, уполномоченных возбуждать уголовное дело, а также на сотрудников правоохранительных органов (ст. 18 Закона «О милиции») и суд во время судебного заседания (см. комм. к ст. 144).

Протокол принятия устного заявления должен быть удостоверен подписями заявителя и лица, принявшего заявление. При отказе заявителя от подписи протокола поводом к возбуждению дела может быть рапорт об обнаружении признаков преступле-

ния (ст. 143). При невозможности подписания заявителем протокола это удостоверяется в порядке ч. 3 ст. 167 УПК (подписями понятых).

Отсутствие документов, удостоверяющих личность заявителя, не является препятствием для принятия заявления. В этом случае данные о личности заявителя заносятся в протокол с его слов.

7. Устное заявление о новом преступлении, сделанное в ходе следственного действия или судебного заседания, заносится в соответствующий протокол, как и любое другое юридически значимое обстоятельство. При этом составление отдельного протокола принятия заявления не требуется. Однако в протоколе судебного заседания или в отдельных расписках должны содержаться подписи заявителя. Следователь или дознаватель выделяет материал о новом преступлении и направляет его прокурору в порядке ст. 155 УПК. Суд вправе передать материал о новом преступлении прокурору или вынести соответствующее частное определение (ч. 4 ст. 29). Органы расследования вправе истребовать из суда материалы о новом преступлении в порядке ст. 86.

8. Если заявитель не может лично присутствовать при составлении протокола принятия устного заявления, то, следовательно, он не может удостоверить сделанное им сообщение. Сообщение без удостоверения не является поводом к возбуждению дела — заявлением, но может быть оформлено рапортом по ст. 143 УПК. Данная норма распространяется на сообщения, сделанные по телефону, телеграфу, Интернету, радио и др. Указанные правила распространяются и на те случаи, когда устное заявление было сделано сотруднику милиции, однако заявитель отказался оформить его.

9. Об уголовной ответственности за заведомо ложный донос предупреждается заявитель, лично присутствующий при принятии его заявления. Об этом делается отметка в протоколе устного заявления или в самом письменном заявлении, удостоверяемая подписью заявителя. Если письменное заявление было получено по почте, то предупреждение об ответственности может быть сделано позже, например при получении от заявителя объяснений.

Лица, не достигшие 16 лет, не предупреждаются об уголовной ответственности за заведомо ложный донос. Им должна быть разъяснена необходимость сообщить правду (по аналогии с допросом несовершеннолетнего свидетеля — ч. 2 ст. 191 УПК).

10. Анонимным признается такое сообщение, в котором не содержится подпись автора или отсутствуют сведения об авторе (фамилия, имя, отчество, адрес). Неизвестность первоисточника (автора) исключает свойство допустимости документа, его юридическую силу и способность служить поводом к возбуждению дела.

По общему правилу анонимные сообщения не регистрируются (как заявления) и не рассматриваются в уголовно-процессуальном порядке. Если в анонимном сообщение содержится информация об общественно опасном деянии, то оно может послужить поводом для проверки средствами ОРД. При установлении в результате такой проверки признаков преступления поводом к возбуждению дела послужит рапорт в порядке ст. 143 УПК.

Анонимное сообщение может обладать признаками будущего вещественного доказательства (если сам факт сообщения является элементом объективной стороны состава преступления). Первоисточником вещественного доказательства является сам предмет, поэтому «анонимность» вещественного доказательства не влияет на его доказательственное значение. Например, письменное сообщение о якобы готовящемся террористическом акте будет вещественным доказательством по преступлению в виде

заведомо ложного сообщения об акте терроризма (ст. 207 *УК*); письменное анонимное сообщение о совершении преступления *конкретным лицом* может быть вещественным доказательством по преступлению в виде заведомо ложного доноса (ст. 306 *УК*). Вещественным доказательством могут быть и письменные угрозы о совершении преступлений (по соответствующим видам преступлений). К вещественным доказательствам следует отнести и почтовые отправления с ядовитыми или взрывчатыми веществами.

Если анонимное сообщение обладает признаками будущего вещественного доказательства, то при его получении должны быть приняты меры для сохранения имеющихся на сообщении следов (отпечатков пальцев, микрочастиц, почерка, химического состава бумаги, чернил и фонограммы телефонного сообщения т.д.). Поводом к возбуждению дела может послужить рапорт лица, получившего анонимное сообщение.

11. О правах заявителя на стадии возбуждения уголовного дела см. комм. к ч. 4 ст. 144 и ч. 2 ст. 145.

СТАТЬЯ 142
ЯВКА С ПОВИННОЙ

1. Заявление о явке с повинной — добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении.

2. Заявление о явке с повинной может быть сделано как в письменном, так и в устном виде. Устное заявление принимается и заносится в протокол в порядке, установленном частью третьей статьи 141 настоящего Кодекса.

1. Добровольность сообщения означает, что явка с повинной сделана лицом по собственной инициативе и при отсутствии для него реальной угрозы уголовного преследования за совершение тех преступлений, о которых лицо сообщает.

Явка с повинной как повод для возбуждения дела имеет смысл только тогда, когда она является первичной информацией о преступлении и, соответственно, влечет начало процессуальных действий. Если уже зарегистрирован другой повод для возбуждения дела (заявление очевидца, рапорт) или тем более возбуждено дело, то явка с повинной поводом в смысле ст. 140 и 142 УПК не является.

2. Явка с повинной — это не только повод для возбуждения дела. Кроме того, это обстоятельство:

1) смягчающее наказание (п. «и» ч. 1 ст. 61 *УК*);

2) освобождающее от уголовной ответственности в специально предусмотренных *УК* случаях (например, явка с повинной взяткодателя — примечание к ст. 291 *УК*);

3) учитываемое в пользу избрания более легкой меры пресечения (ст. 99 УПК);

4) свидетельствующее о деятельном раскаянии как основании освобождения от уголовной ответственности (ст. 75 *УК*; ст. 28 УПК);

5) свидетельствующее о признании своей вины, т.е. обвинительное доказательство.

В связи с большим (в т.ч. уголовно-правовым) значением явки с повинной она должна приниматься и после начала производства по уголовному делу[1].

[1] БВС. 2003. № 4.

Добровольность сообщения лица о собственном преступлении может иметь место и после возбуждения уголовного дела, если лицо обоснованно предполагало о том, что органам уголовного преследования не известно об одном из следующих обстоятельств: а) о совершенном им преступлении; б) о его участии в совершении преступления; в) о его месте нахождения.

Не является явкой с повинной сообщение, полученное после задержания лица в качестве подозреваемого или заключения его под стражу по подозрению или обвинению в том же самом преступлении, в котором он сознается. Не является явкой с повинной признание лица после предъявления ему доказательств подозрения или обвинения.

В то же время подозреваемый или обвиняемый, в т.ч. содержащийся под стражей, может дать явку с повинной по другим преступлениям, если он обоснованно предполагает о том, что органам уголовного преследования еще не известно его участие в совершении этих преступлений. При этом главным условием является добровольность сообщения. Добровольность прежде всего обеспечивается реализацией права на защиту, в т.ч. с помощью защитника, разъяснением права не свидетельствовать против себя.

Приведем два примера. А) Оперативный сотрудник под угрозой уголовной ответственности требует от задержанного признания в совершении конкретного преступления («зачем Вы вчера избили Иванова?»). Признание задержанного не будет явкой с повинной. Б) Оперативный сотрудник под угрозой уголовной ответственности («мы все равной все узнаем») требует от задержанного сознаться в совершенных им преступлениях («рассказывайте, что Вы еще совершили»). Признание задержанного в совершении *других* преступлений может быть явкой с повинной, если оно дано не вследствие незаконных мер принуждения (разъяснение уголовно-правовых обязанностей и юридических последствий само по себе не является незаконными мерами принуждения).

3. Недобровольное сообщение о своем преступлении не является ни явкой с повинной, ни заявлением в смысле ст. 141 УПК. Оно может быть оформлено рапортом в порядке п. 3 ч. 1 ст. 140 и ст. 143 УПК.

4. Явка с повинной является уголовно-процессуальным доказательством в виде иного документа (ст. 84) или протокола (ст. 83, 166). Одно из требований к содержанию явки с повинной — это указание на первоисточник — конкретное преступление (время, место, определенное деяние, потерпевших и др.). Сообщение о совершенном преступлении в *общей форме* явкой с повинной не является как не имеющее юридической силы доказательство (ч. 1 ст. 75).

Явка с повинной оценивается как отдельное доказательство. Уголовно-правовое и процессуальное значение явки с повинной не утрачивается при последующем отказе от нее подозреваемого или обвиняемого. Это обстоятельство неоднократно подтверждено судебной практикой[1].

5. Комм. статья предусматривает две формы явки с повинной: письменную и устную.

6. Явка с повинной в письменном виде должна отвечать тем же требованиям, что и письменное заявление о преступлении (см. комм. к ч. 2 ст. 141). Однако в судебной

---

[1] БВС РФ. 2000. № 9; 2001. № 7; 2003. № 4.

практике при оценке явки с повинной основное значение придается не ее оформлению, а признаку добровольности. Как отмечает ВС РФ, к добровольному сообщению о собственном преступлении не применяются правила составления процессуальных документов по уголовному делу, в т.ч. не требуется присутствие защитника и разъяснение правил ст. 51 Конституции РФ[1]. Установление признака добровольности предполагает допустимость доказательства, названного «чистосердечное признание»[2].

Письменное заявление о собственном преступлении может быть отправлено по почте, передано нарочным или лично.

7. Явка с повинной в устном виде оформляется протоколом по правилам ч. 3 ст. 141 (приложение 3 к ст. 476). Особое внимание следует уделить установлению личности лица, явившегося с повинной.

В силу особого значения явки с повинной правила ч. 3 ст. 141 нуждаются в ограничительном толковании в части обязательности подписи лица, давшего явку. При невозможности личного присутствия лица при составлении протокола явки с повинной непосредственным поводом к возбуждению дела будет рапорт, составленный в порядке ст. 143. Однако значение смягчающего обстоятельства за явкой с повинной должно сохраниться и тогда, если протокол или сообщение не обладают необходимыми реквизитами. Например, гражданин по телефону, телеграфу, радио, Интернету сообщает о совершенном им преступлении. При этом называет полные данные о себе и о преступлении (Я, такой-то, проживающий там-то, незаконно храню такое-то огнестрельное оружие и иду его сдавать в такой-то отдел милиции). Это сообщение не является поводом к возбуждению дела в смысле ст. 140 УПК, однако должно рассматриваться как явка с повинной в смысле ст. 61, 75 *УК*. Судебная практика признает значение явки с повинной, смягчающее ответственность, даже тогда, когда будущий подозреваемый добровольно сообщает о совершенном им преступлении на допросе в качестве свидетеля[3].

8. О правах явившегося с повинной см. комм. к ч. 1 ст. 144.

СТАТЬЯ 143
РАПОРТ ОБ ОБНАРУЖЕНИИ ПРИЗНАКОВ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников, чем указанные в статьях 141 и 142 настоящего Кодекса, принимается лицом, получившим данное сообщение, о чем составляется рапорт об обнаружении признаков преступления.

1. Рапорт как повод к возбуждению дела — это официальное письменное сообщение должностного лица правоохранительного органа об обнаружении им признаков преступления.

2. Рапорт об обнаружении признаков преступления составляют сотрудники правоохранительных органов, в т.ч. сотрудники оперативно-розыскных подразделений, иных органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры. При этом состав-

---

[1] См. Кассационное определение СК по УД ВС РФ от 13.01.2005 г. № 53-004-85.

[2] См. Кассационное определение СК по УД ВС РФ от 30.12.2004 г. № 53-о04-64.

[3] БВС РФ. 2003. № 4.

ление рапорта при обнаружении признаков преступления является обязанностью не только лиц, уполномоченных возбуждать уголовные дела, но и иных сотрудников (иногда вне зависимости от выполнения в данный момент служебных обязанностей). Так, сотрудник милиции независимо от занимаемой должности, места нахождения на территории РФ и времени суток обязан принять меры к предотвращению и пресечению преступления и *сообщить* об этом в ближайшее подразделение милиции (ст. 18 Закона «О милиции»).

Рапорт адресуется начальнику следственного отдела или органа дознания (приложение 1 к ст. 476 УПК). Однако адресация его иному должностному лицу органов уголовного преследования не исключает процессуального значения рапорта как повода к возбуждению дела.

3. Чтобы рапорт мог служить доказательством по делу (иным документом — ст. 84 УПК), он должен отвечать следующим условиям: быть удостоверенным подписью сотрудника правоохранительного органа, содержать необходимые сведения о нем, признаках обнаруженного преступления и, что самое существенное, — об источнике полученных сведений. Рапорт без указания конкретного источника информации о преступлении не является допустимым доказательством (ч. 1 ст. 75 УПК). Вместе с тем, если точные сведения об источнике составляют государственную тайну, то в рапорте они приводиться, как правило, не могут. Например, если о преступлении стало известно от лиц, сотрудничающих или сотрудничавших на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими разведывательную, контрразведывательную и ОРД, то при отсутствии их письменного согласия в рапорте сведения о таких лицах не указываются (п. 4 ст. 5 ФЗ от 21.07.93 г. «О государственной тайне»; ч. 1 ст. 12 ФЗ от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»). Когда источник оперативно-розыскной информации в силу этой причины не назван, рапорт может рассматриваться как повод к возбуждению уголовного дела (п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК), но не может быть доказательством.

4. Содержание рапорта различается в зависимости от первоисточника («иного источника») информации о преступлении. Таким первоисточником может быть: а) первоначальное сообщение о преступлении; б) непосредственное обнаружение признаков преступления (например, самим лицом, составившим рапорт).

5. По общему правилу «иным источником» информации о признаках преступления является первоначальное сообщение о преступлении, которое как бы дублируется, пересказывается в рапорте. Для того чтобы такой рапорт был поводом к возбуждению дела, необходимо соблюдение двух условий:

1) первоначальное сообщение, полученное составившим рапорт лицом, само не обладает признаками заявления о преступлении (ст. 141) или явки с повинной (ст. 142 УПК);

2) первоначальное сообщение получено из известного источника (см. п. 3 комм. к рассматриваемой статье).

Рапорт об обнаружении признаков преступления может быть основан на следующих первоначальных сообщениях:

а) поступивших в органы уголовного преследования по телефону (телефаксу), телеграфу, радио, Интернету от граждан, организаций, должностных лиц (не являющихся заявлениями по способу поступления или отсутствию удостоверения). Например, сообщения: из медицинских учреждений об оказании помощи гражданам по по-

воду криминальных травм (отправленные на основании ст. 61 Закона от 22.07.93 «Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан»); работников паспортных служб — об утрате паспортов при подозрительных обстоятельствах; работников дорожно-патрульной службы — о дорожно-транспортных происшествиях и их последствиях; работников подразделений охраны — о фактах срабатывания приборов охранной сигнализации; работников противопожарной службы — о пожарах и возгораниях и др.;

б) поступивших в органы уголовного преследования, но не обладающих признаками заявлений в силу отсутствия просьбы о возбуждении дела и информации о явных признаках преступления. Например, сообщения страховых компаний об обращении граждан по поводу выплаты страховых сумм в связи с преступными посягательствами; сообщения администрации предприятий о несчастных случаях с людьми; частные определения суда о нарушениях порядка в зале суда, о даче ложных показаний и др.;

в) которые специально не направлялись в органы, уполномоченные возбуждать уголовные дела. Это может быть массовая информация (предназначенные для неограниченного круга лиц печатные, аудио-, аудиовизуальные и иные сообщения и материалы — ст. 2 ФЗ «О средствах массовой информации»): статьи, заметки, письма граждан, опубликованные в печати; информация, распространенная по телевидению, радио, Интернету и др.

6. В рапорте об обнаружении признаков преступления «иным источником» может быть и непосредственное обнаружение признаков преступления.

Признаки преступления могут быть обнаружены в ходе выполнения служебных обязанностей сотрудниками органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и иных правоохранительных органов. Например, рапорт сотрудника патрульно-постовой службы о факте нарушения общественного порядка, рапорт следователя об отказе свидетеля от дачи показаний.

При этом непосредственное обнаружение признаков преступления может быть связано с фактическим задержанием предполагаемого преступника (см. комм. к ст. 91—92).

Особым значением обладает рапорт об обнаружении признаков преступления в ходе ОРД. Согласно ст. 11 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» результаты ОРД могут служить поводом для возбуждения дела. Материалы оперативных проверок — результаты оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) — передаются органам уголовного преследования в порядке, установленном ведомственными нормативными актами. Органы, осуществляющие ОРД, сами одновременно являются органами дознания (п. 1 ч. 1 ст. 40 УПК) и имеют право возбудить уголовное дело при обнаружении признаков преступления. Об использовании в доказывании результатов ОРД см. комм. к ст. 89.

Между оперативно-розыскным законодательством и комм. статьей существует коллизия, которая вызывает проблемы в правоприменении. Согласно ст. 7 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» основанием для проведения ОРМ являются ставшие известными соответствующим органам сведения о признаках преступления, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении дела. Данная норма не является основанием для нарушения УПК.

Поступившие в оперативные органы сведения о признаках преступления всегда могут повлечь оперативно-розыскную проверку (проведение ОРМ). Однако в тех слу-

чаях, когда эти сведения обладают признаками заявления (ст. 141 УПК) или явки с повинной (ст. 142 УПК), они как поводы к возбуждению дела должны быть приняты (официально зарегистрированы) в уголовно-процессуальном порядке (ст. 144 УПК).

Существует объективная проблема с выбором оперативно-розыскной или процессуальной проверки, когда сведения о преступлении не являются поводом к возбуждению дела. Тогда оперативный сотрудник, с одной стороны, обязан подать рапорт об обнаружении признаков преступления (ст. 143 УПК), с другой стороны, он должен провести оперативную проверку (ст. 7 Закона об ОРД) и уже по результатам этой проверки подать рапорт об обнаружении признаков преступления. На практике за самим оперативным подразделением остается выбор, какую проверку проводить — уголовно-процессуальную или оперативно-розыскную. Законодательство не исключает параллельного проведения этих видов деятельности.

В то же время в общих чертах проблемные ситуации можно разграничить. Если в поступившем сообщении явно указывается на признаки преступления, то должен быть сразу составлен рапорт в порядке ст. 143 УПК и проведена уголовно-процессуальная проверка (телефонный звонок дежурного врача о поступлении пациента с криминальной травмой). Если в поступившем сообщении нет явной информации о признаках преступления, само сообщение анонимно или источник информации не может быть раскрыт по соображениям конспирации, то должна быть проведена оперативная проверка.

Лицо, составившее рапорт о непосредственном обнаружении признаков преступления, подлежит отводу — не может исполнять в данном деле обязанности дознавателя, следователя или прокурора, если: а) есть необходимость допроса этого лица в качестве свидетеля (оно было единственным очевидцем преступления). См. комм. к ст. 61*;* б) это лицо само проводило ОРМ (см. комм. к ч. 2 ст. 41).

7. В отличие от заявления в содержании рапорта нет требования о привлечении к уголовной ответственности, в нем лишь содержится информация о признаках преступления. Если сотрудник правоохранительного органа лично заинтересован в деле (например, сам является пострадавшим) или обнаружил преступление не в связи со служебной деятельностью, то его требование о привлечении кого-то к уголовной ответственности должно быть оформлено заявлением в порядке ст. 141 УПК.

8. Как и другие поводы к возбуждению дела, рапорт может содержать сведения не только о совершенном или подготавливаемом преступлении, но и о совершаемом преступлении (например, продолжаемом или длящемся).

9. Рапорт должен быть составлен и направлен в соответствующий орган расследования немедленно при обнаружении признаков преступления. С момента подачи рапорта начинается исчисляться срок предварительной проверки сообщения о преступлениях (см. комм. к ч. 1 ст. 144).

СТАТЬЯ 144
ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ СООБЩЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИИ

1. Дознаватель, орган дознания, следователь и прокурор обязаны принять, проверить сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении и в пределах компетенции, установленной настоящим Кодексом, принять по нему решение в срок не позднее 3 суток со дня поступления указанного сообщения. **При**

проверке сообщения о преступлении орган дознания, дознаватель, следователь и прокурор вправе требовать производства документальных проверок, ревизий и привлекать к их участию специалистов.

2. По сообщению о преступлении, распространенному в средствах массовой информации, проверку проводит по поручению прокурора орган дознания или следователь. Редакция, главный редактор соответствующего средства массовой информации обязаны передать по требованию прокурора, следователя или органа дознания имеющиеся в распоряжении соответствующего средства массовой информации документы и материалы, подтверждающие сообщение о преступлении, а также данные о лице, предоставившем указанную информацию, за исключением случаев, когда это лицо поставило условие о сохранении в тайне источника информации.

3. Прокурор, начальник следственного отдела, начальник органа дознания вправе по ходатайству соответственно следователя, дознавателя продлить до 10 суток срок, предусмотренный частью первой настоящей статьи, а при необходимости проведения документальных проверок или ревизий прокурор вправе по ходатайству следователя или дознавателя продлить этот срок до 30 суток.

4. Заявителю выдается документ о принятии сообщения о преступлении с указанием данных о лице, его принявшем, а также даты и времени его принятия.

5. Отказ в приеме сообщения о преступлении может быть обжалован прокурору или в суд в порядке, установленном статьями 124 и 125 настоящего Кодекса.

6. Заявление потерпевшего по уголовным делам частного обвинения рассматривается судьей в соответствии со статьей 318 настоящего Кодекса.

1. Комм. статья регламентирует предварительную процессуальную проверку сообщений о преступлениях, входящую в содержание стадии возбуждения уголовного дела. При этом Кодекс устанавливает две процедуры такой проверки: а) по делам публичного и частно-публичного обвинения (ч. 1—4 ст. 144, ст. 146, 147) и б) по делам частного обвинения (ч. 6 ст. 144, ст. 318—319).

2. Обязанность по приему, регистрации, проверке сообщений о преступлениях возлагается на органы уголовного преследования (дознавателя, орган дознания, следователя, прокурора, начальника следственного отдела). Эта обязанность вытекает из принципа публичности, предусматривающего необходимость осуществления уголовного преследования в каждом случае обнаружения признаков преступления (ст. 21 УПК). Аналогичную обязанность предусматривают и иные нормативные акты (п. 3—4 ст. 10 Закона «О милиции»).

На основе межведомственных типовых положений[1] приняты внутриведомственные нормативные акты, детально регулирующие прием, регистрацию и учет сообщений о преступлениях или происшествиях:

— приказ Генпрокуратуры РФ от 16.03.2006 № 12 «О совершенствовании системы приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях в органах прокура-

[1] См. приказ Генпрокуратуры РФ № 39, МВД РФ № 1070, МЧС РФ № 1021, Минюста РФ № 253, ФСБ РФ № 780, Минэкономразвития РФ № 353, ФСКН РФ № 399 от 29.12.2005 «О едином учете преступлений» (вместе с Типовым положением о едином порядке организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях, Положением о едином порядке регистрации уголовных дел и учета преступлений, Инструкцией о порядке заполнения и представления учетных документов // РГ. 25.01.2006 г.

туры Российской Федерации» (вместе с Инструкцией о едином порядке приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях в органах прокуратуры Российской Федерации);

— приказ ФСКН РФ от 09.03.2006 № 75 «О реализации приказа Генеральной прокуратуры Российской Федерации, МВД России, МЧС России, Минюста России, ФСБ России, Минэкономразвития России, ФСКН России от 29.12.2005 г. № 39/1070/1021/253/780/353/399 «О едином учете преступлений» (вместе с Инструкцией о порядке организации приема, регистрации и проверки в органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ сообщений о преступлениях);

— приказ МЧС РФ от 02.05.2006 № 270 «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях и иных происшествиях в органах Государственной противопожарной службы Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий»;

— приказ Минюста РФ от 02.05.2006 № 139 «Об утверждении Инструкции о едином порядке организации приема, регистрации и проверки в Федеральной службе судебных приставов сообщений о преступлениях»;

— приказ Минюста РФ от 11.07.2006 № 250 «Об утверждении Инструкции о приеме, регистрации и проверке в учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы сообщений о преступлениях и происшествиях».

Также действуют следующие нормативные акты: приказы МВД РФ от 01.12.2005 № 985 «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в органах внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях»; от 2.08.05 г. № 636 «Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками милиции проверок и ревизий финансовой, хозяйственной, предпринимательской и торговой деятельности»; и др.

3. Правила комм. статьи распространяются только на такие сообщения о преступлениях, которые являются одним из трех поводов к возбуждению дела (см. комм. к ст. 140). Сообщения, не являющиеся поводом к возбуждению дела, могут проверяться в административном или оперативно-розыскном порядке. Административная проверка предусмотрена *КоАП* (ст. 28.1), подзаконными актами[1]. Оперативная проверка регулируется оперативно-розыскным законодательством (ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»), проводится специальными субъектами, средствами и в сроки, установленные ведомственными нормативными актами. По результатам оперативной проверки может быть подан рапорт как повод для возбуждения дела в соответствии со ст. 143 УПК.

4. Повод к возбуждению дела должен быть принят вне зависимости от вида преступления (степени тяжести, окончания, места и времени совершения), полноты информации и времени обращения заявителя. Если в процессе проверки выяснится, что данное преступление подследственно другому органу или относится к делам частного обвинения, то принимается решение о передаче сообщения в соответствующий орган (п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК). О действиях по сообщению о преступлении в неотложных ситуациях см. также комм. к ст. 157.

---

[1] См. п. 17 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900 // РГ. 27.11.2002.

Прием сообщений о преступлениях осуществляется должностными лицами прокуратуры, органов предварительного следствия, дознания. Круглосуточный прием сообщений о преступлениях осуществляется должностными лицами дежурных частей (смен, нарядов), например, в дежурной части милиции, дежурным следователем прокуратуры. Обязанность принять сообщение о преступлении и передать его по принадлежности возлагается также на всех сотрудников правоохранительных органов.

5. Прием сообщения о преступлении сопровождается его соответствующей регистрацией в соответствующих книгах (в ОВД — книге учета сообщений о преступлениях, в прокуратуре — книге регистрации сообщений о преступлениях и т.д.). Порядок регистрации устанавливается ведомственными инструкциями. Регистрация обычно сопровождается проставлением специального штампа, указанием даты, порядкового номера регистрационной записи и подписи лица, осуществившего регистрацию, а также выдачей заявителю талона-уведомления (о нем см. п. 10 комм. к рассматриваемой статье).

6. После приема и регистрации повода к возбуждению дела проводится его проверка с учетом правил ст. 87 УПК. Передача сообщений и иной информации исполнителю для проведения проверки без регистрации запрещена.

Проверка состоит в мыслительной деятельности по оценке данных, указывающих на признаки преступления. Если в самом поводе уже содержатся основания для возбуждения дела (передачи сообщения по подследственности), то проверочные действия не проводятся, а принимается соответствующее решение. Например, когда поводом к возбуждению дела является рапорт о результатах оперативной проверки, как правило, данных уже достаточно для возбуждения дела. Уголовное дело должно быть немедленно возбуждено в неотложной ситуации при наличии признаков преступления (о неотложной ситуации см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165).

Если в принятом поводе недостаточно данных, указывающих на признаки преступления, то могут быть проведены проверочные действия — собирание дополнительных доказательств, необходимых для принятия решения в порядке ст. 145 УПК.

Проверка производится путем производства непринудительных способов собирания доказательств: истребования и принятия представленных предметов и документов (см. комм. к ст. 86). В числе таких действий могут быть: получены объяснения от очевидцев и заявителя; истребованы справки; направлены требования о проведении ревизий, документальных проверок, инвентаризаций; поручены иные исследования специалистам. Проведение таких действий помимо УПК предусматривается ФЗ о прокуратуре (ст. 6), ФЗ о ФСБ (ст. 13), Закона о милиции (ст. 11) и другими нормативными актами.

По общему правилу производство следственных действий (как принудительных процессуальных действий) до возбуждения уголовного дела не допускается. Это объясняется необходимостью взвешенного применения мер процессуального принуждения; при этом общим условием их применения служит именно наличие в деянии данных, указывающих на признаки преступления. Поэтому до установления таких признаков невозможно не только возбуждение дела, но и применение принуждения. Исключение предусмотрено лишь для осмотра места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК), поскольку при его проведении элемент принуждения минимален (оцепление места происшествия). Осмотром места происшествия могут быть и осмотр предметов и документов, трупа (см. комм. к ст. 176).

О проблеме проведения осмотра места происшествия, связанного с проникновением в жилище, см. комм. к ч. 5 ст. 177.

В неотложных случаях осмотр жилища как места происшествия проводится в порядке ч. 5 ст. 165. О производстве освидетельствования и назначении экспертизы до возбуждения дела см. комм. к ч. 4 ст. 146.

Наряду с процессуальной проверкой повода к возбуждению дела может проводиться проверка в соответствии с оперативно-розыскным или административным законодательством. Результаты этих проверок должны быть представлены процессуальным органам в порядке ст. 86, 89 УПК.

Материалы процессуальной проверки повода к возбуждению дела являются уголовно-процессуальными доказательствами и должны соответствовать предъявляемым к ним требованиям (см. комм. к ст. 74—75).

О принятии решения по результатам проверки повода к возбуждению дела см. комм. к ст. 145.

7. Предварительная проверка сообщений о преступлениях должна быть закончена принятием решения (в форме постановления) в порядке ст. 145 УПК не позднее 3 суток со дня поступления сообщения. По результатам проверки решение должно быть принято и до истечения 3-суточного срока, если будут установлены основания для возбуждения дела, отказа в этом или для передачи сообщения по подследственности. Если регистрация повода к возбуждению дела была задержана, то срок исчисляется не с момента его регистрации, а с момента первичного получения сотрудником правоохранительного органа повода к возбуждению дела. Если сообщение о преступлении было передано по подследственности, то срок проверки исчисляется заново — с момента получения сообщения другим органом расследования.

О продлении срока проверки сообщений о преступлениях см. комм. к ч. 3 ст. 144.

8. Комм. статья предусматривает особый порядок проверки сообщения о преступлении, распространенному в средствах массовой информации. Под СМИ понимается периодическое печатное издание, радио-, теле-, видеопрограмма, кинохроникальная программа, иная форма периодического (не реже 1 раза в год) распространения сообщений и материалов, предназначенных для неограниченного круга лиц (ст. 2 Закона РФ от 27.12.91 г. «О средствах массовой информации»).

Сам факт распространения в СМИ сообщения о преступлении не является поводом к возбуждению дела (не влечет обязанности приступить к его приему и проверке) до тех пор, пока оно не было обнаружено органами уголовного преследования и не оформлено рапортом (ст. 143 УПК).

С момента подачи рапорта начинает исчисляться срок процессуальной проверки (а не с момента публикации издания или выхода в эфир передачи). Рапорт об обнаружении признаков преступления подается прокурору. При недостаточности данных о признаках преступления или об их отсутствии в самой публикации и рапорте прокурор дает письменное поручение следователю или органу дознания с соблюдением правил подследственности провести предварительную проверку сообщения о преступлении. Прокурор вправе лично провести такую проверку. Прокурор вправе возбудить уголовное дело и без проверки, если с рапортом поступили достаточные данные о признаках преступления (например, материалы оперативной проверки).

Действующие инструкции оставляют неопределенным ответ на вопрос о том, что именно является поводом к возбуждению дела: а) обращенный к прокурору ра-

порт (заявление) о том, что в СМИ опубликована информация о признаках совершенного преступления[1], б) письменное поручение прокурора или его заместителя провести проверку публикации; в) рапорт прокурора, составленный по итогам проверки.

Приказ МВД РФ от 01.12.2005 № 985 обязывает зарегистрировать в книге учета сообщений о преступлениях *поручение* прокурора и с момента такой регистрации исчислять срок проверки (п. 16 Инструкции). Приказ Генпрокуратуры РФ от 16.03.2006 г. № 12, напротив, предусматривает регистрацию рапорта, составленного по результатам проверки сообщения о преступлении, распространенного в СМИ (п. 23 Инструкции). Представляется, что ст. 144 УПК, имеющая большую юридическую силу перед ведомственными инструкциями, регулирует проверку публикации в СМИ, т.е такая проверка есть уголовно-процессуальная деятельность, ограниченная соответствующими процессуальными сроками и вызванная наличием повода к возбуждению дела. Таким образом, поводом к возбуждению дела необходимо считать первоначальный рапорт о том, что в СМИ опубликована информация о признаках совершенного преступления, а если прокурор по своей собственной инициативе дал поручение о проведении проверки публикации, то поводом должно считаться это поручение.

Такой вывод подтверждается п. 15 Инструкции (приказ Генпрокуратуры РФ от 16.03.2006 г. № 12), в котором сказано, что сведения, распространенные в СМИ, считаются сообщением о преступлении, полученным из иных источников. Согласно п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК — такие сообщения являются поводом для возбуждения дела. Кроме того, указанная Инструкция (п. 35) предусматривает исчисление сроков проверки с момента поступления *первого* сообщения о преступлении.

Редакция СМИ обязана по запросу органов уголовного преследования передать им имеющиеся в ее распоряжении материалы о преступлении (ч. 4 ст. 21 УПК). При этом редакция имеет право не сообщать данные о лице, предоставившем информацию, если это лицо поставило условие неразглашения своего имени (ч. 2 ст. 144 УПК; ст. 41 Закона «О средствах массовой информации»). Эта норма действует для предварительной проверки сообщений о преступлениях. После возбуждения дела применяются общие правила доказывания.

Закон о СМИ (ст. 41) позволяет редакции раскрыть имя источника информации только по запросу суда, а не органов расследования. Однако после возбуждения дела следователь или дознаватель вправе с санкции прокурора произвести принудительную выемку документов, содержащих охраняемую Законом о СМИ тайну (ч. 3 ст. 183 УПК). Главный редактор не может отказаться от дачи свидетельских показаний, ссылаясь на профессиональную тайну.

9. Часть 3 комм. статьи предусматривает возможность продления трехсуточного срока предварительной проверки сообщения о преступлении до 10 суток. При этом использованные 3 суток включаются в продленный срок. Продление производится по ходатайству следователя или дознавателя вышестоящим для них начальником следственного отдела или органа дознания. Представляется, что надзирающий прокурор вправе продлить срок проверки по всем материалам следствия и дознания. Срок проверки продляется, если за 3 суток невозможно было собрать достаточные данные для принятия решения в порядке ст. 145 УПК.

---

[1] Такое обращение необходимо, поскольку немыслимо возлагать на одного прокурора обязанность исследовать все СМИ на предмет наличия в них сведений о преступлениях.

Продление срока проверки сообщений о преступлениях от 10 до 30 суток предусмотрено при необходимости проведения документальных проверок или ревизий. Продление производится прокурором по ходатайству следователя или дознавателя. В дальнейшем прокурор вправе предоставить еще 5 суток для проведения дополнительной проверки при рассмотрении им вопроса о даче согласия на возбуждение дела — ч. 4 ст. 146 УПК.

Если по истечении срока проверки осталось неясным, есть признаки преступления или их нет, то должно быть принято решение о возбуждении дела (как основанное на вероятных данных). Непринятие решения в установленные сроки приравнивается к сокрытию преступления от учета (п. 2.9 Положения о едином порядке регистрации уголовных дел и учета преступлений от 29.12.2005 г.).

10. В части 4 комм. статьи термин «заявитель» подлежит расширительному толкованию. Им обозначается как лицо, подавшее заявление о преступлении (по ст. 141 УПК), так и лицо, явившееся с повинной в соответствии со ст. 142 УПК. Если заявитель лично присутствует при приеме заявления или явки с повинной, то ему должен быть выдан документ о принятии его заявления. Если заявление было отправлено по почте, передано с нарочным или с помощью других средств связи, то при личной явке заявителя ему также должен быть выдан документ о принятии заявления. Обязанность выдачи такого документа возлагается на уполномоченных принимать заявления должностных лиц. Документом о принятии заявления служит талон, состоящий из талона-уведомления и талона-корешка. Талон-уведомление с указанием необходимых сведений выдается заявителю, а талон-корешок с подписью заявителя остается у уполномоченного сотрудника правоохранительного органа (п. 12 Типового положения о едином порядке организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях).

11. Уголовно-процессуальный кодекс прямо не предусматривает возможности отказа в принятии заявления о преступлении публичного обвинения. Однако такой отказ возможен, если в заявлении или явке с повинной заведомо не содержится сведений о преступлении и при этом отсутствует просьба заявителя о привлечении к уголовной ответственности (т.е. даже по мнению самого заявителя его сообщение не о преступлении). В остальных случаях органы уголовного преследования обязаны принять, зарегистрировать, проверить заявление и вынести по нему решение. Неправомерный отказ в приеме заявлений о преступлениях, другие способы сокрытия преступлений от учета влекут ответственность должностных лиц вплоть до уголовной. Укрытыми от регистрации считаются сообщения о преступлениях и иная информация о правонарушениях, если сведения о них не внесены в соответствующую книгу учета, а сами сообщения и иная информация не получили регистрационный номер с момента их поступления в правоохранительный орган. Обязанность осуществления надзора за исполнением требований закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях возлагается на прокурора (п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК).

Об обжаловании действий и решений органов расследования см. комм. к ст. 124 и 125.

Отказ в принятии заявления к своему производству предусмотрен только по делам частного обвинения (ч. 1 ст. 319 УПК). Отказ оформляется постановлением мирового судьи при неисполнении его указаний о пересоставлении заявления о преступлении частного обвинения. Постановление мирового судьи может быть обжаловано в апелляционном порядке (гл. 43 УПК).

12. Заявление по делу частного обвинения проверяется и разрешается в особом порядке. По общему правилу заявления по делу частного обвинения подаются непосредственно в мировой суд и должны соответствовать особым требованиям (см. комм. к ст. 318).

Однако заявитель не обязан давать точную квалификацию деяния. Он может предполагать о совершении более тяжкого преступления. Поэтому заявления по делам частного обвинения должны быть приняты и зарегистрированы органами уголовного преследования в общем порядке.

По заявлению о преступлении частного обвинения может быть проведена проверка по ст. 144 в целях установления признаков преступления публичного обвинения. Проверка может быть проведена для выяснения обстоятельств, предусмотренных ч. 4 ст. 20 (неспособности потерпевшего самостоятельно защищать свои права). Если в результате проверки будут установлены признаки преступления публичного или частно-публичного обвинения, то уголовное дело возбуждается по общим правилам. Если в соответствии с ч. 4 ст. 20 уголовное дело частного обвинения возбуждается прокурором, то оно переходит в разряд дел публичного обвинения. По нему производится дознание или по указанию прокурора — предварительное следствие (ст. 150). Если в результате проверки (или сразу по тексту заявления) выяснится, что это дело частного обвинения, то оно передается органами уголовного преследования в суд (п. 3 ч. 1 ст. 145). При этом потерпевший обязан составить заявление в установленной ст. 318 форме. Если в суд поступит заявление без этих реквизитов, то суд возвращает его для устранения недостатков (ст. 319).

Если потерпевший указывает на совершение преступления частного обвинения неизвестным лицом, то это означает его неспособность самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами и влечет обязанность органов уголовного преследования возбудить уголовное дело и провести по нему предварительное следствие[1].

СТАТЬЯ 145
РЕШЕНИЯ, ПРИНИМАЕМЫЕ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ РАССМОТРЕНИЯ СООБЩЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИИ

1. По результатам рассмотрения сообщения о преступлении орган дознания, дознаватель, следователь или прокурор принимает одно из следующих решений:

1) о возбуждении уголовного дела в порядке, установленном статьей 146 настоящего Кодекса;

2) об отказе в возбуждении уголовного дела;

3) о передаче сообщения по подследственности в соответствии со статьей 151 настоящего Кодекса, а по уголовным делам частного обвинения — в суд в соответствии с частью второй статьи 20 настоящего Кодекса.

2. О принятом решении сообщается заявителю. При этом заявителю разъясняются его право обжаловать данное решение и порядок обжалования.

3. В случае принятия решения, предусмотренного пунктом 3 части первой настоящей статьи, орган дознания, дознаватель, следователь или прокурор принимает меры по сохранению следов преступления.

---

[1] См. Постановление КС РФ от 27.06.2005 г. № 7-П.

1. Комм. статья предусматривает три решения, принимаемые по результатам проверки и рассмотрения повода для возбуждения дела публичного и частно-публичного обвинения (о возбуждении дел частного обвинения см. комм. к ст. 318).

2. Решение принимается одним из органов публичного уголовного преследования: органом дознания (ст. 40), дознавателем (ст. 42), следователем (ст. 38), прокурором (ст. 37). Начальник следственного отдела также вправе принимать указанные в комм. статье решения, обладая полномочиями следователя (ч. 2 ст. 39).

Органы уголовного преследования принимают решения в пределах своей компетенции (ч. 1 ст. 144). Компетенция определяется правилами подследственности (см. комм. к ст. 150, 151). Однако нарушение правил подследственности при вынесении решения не является существенным нарушением уголовно-процессуального закона. Возбужденное уголовное дело может быть направлено прокурору для определения подследственности (ч. 3 ст. 146). При согласии прокурора с решением о возбуждении дела оно признается законным. Например, следователь ОВД возбуждает уголовное дело по ст. 105 *УК* (относящееся к подследственности следователя прокуратуры) и направляет его прокурору для передачи следователю прокуратуры. Такая практика признавалась правомерной и при применении аналогичных норм УПК РСФСР[1].

3. О принятии решения о возбуждении дела см. комм. к ст. 146, 147.

Возбуждение уголовного дела сопровождается заполнением статистической карточки на выявленное преступление. Учетно-регистрационными подразделениями органов предварительного расследования уголовному делу присваивается порядковый номер.

4. О принятии решения об отказе в возбуждении дела см. комм. к ст. 148.

5. Сообщения передаются по подследственности тогда, когда после приема и проверки повода к возбуждению дела выяснится, что расследование данного преступления относится к компетенции другого органа (о подследственности см. комм. к ст. 150, 151, 152).

Обязательным условием передачи сообщения по подследственности является отсутствие неотложной ситуации (о неотложной ситуации см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165*)*. В неотложной ситуации (при угрозе: сокрытия будущего обвиняемого, утраты следов преступления, сокрытия подлежащего взысканию имущества) орган дознания обязан возбудить уголовное дело, произвести неотложные следственные действия и затем направить уголовное дело прокурору для передачи дела соответствующему следователю или органу дознания (п. 3 ст. 149; ст. 157 УПК).

Буквальное содержание п. 3 ч. 1 комм. статьи не предусматривает возможности передачи сообщения по территориальной подследственности (т.к. отсутствует ссылка на ст. 152), однако такое ограничение не имеет под собой веских оснований. Поэтому на практике возможна передача сообщений как по предметной, так и по территориальной подследственности[2].

Если подследственность до возбуждения уголовного дела не удается точно установить (например, место окончания преступных действий, точную квалификацию), то следователь или дознаватель возбуждает уголовное дело, ориентировочно квали-

---

[1] БВС РФ. 1998. № 5. С. 10; № 11.

[2] См. п. 46 Положения о едином порядке регистрации уголовных дел и учета преступлений от 29.12.2005 г.

фицировав деяние по своей предметной подследственности, проводит неотложные следственные действия и устанавливает «чужую» подследственность уголовного дела, после чего передает его прокурору для направления по подследственности (ч. 4 ст. 152 УПК).

При передаче сообщения по подследственности без возбуждения уголовного дела данный повод снимается с учета, о чем делается отметка в соответствующем регистрационном документе. При этом должны быть приняты меры по сохранению следов преступления (о них см. комм. к ч. 3 ст. 145).

Переданный по подследственности повод к возбуждению дела подлежит повторной регистрации и проверке в порядке ст. 144 УПК. Передача сообщения по подследственности — промежуточное решение на стадии возбуждения дела. В результате повторного рассмотрения должно быть принято одно из двух решений: либо возбуждение уголовного дела, либо отказ в этом.

Если в процессе предварительной проверки заявления выяснится, что оно о преступлении частного обвинения (см. комм. к ч. 2 ст. 20), то такое заявление передается в суд для решения вопроса о возбуждении дела в порядке ст. 318 УПК. Обязательным условием передачи такого заявления в суд является установление способности потерпевшего самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами по осуществлению уголовного преследования. Если потерпевший является ограниченно дееспособным, находится в зависимом состоянии от будущего обвиняемого, не способен сам установить преступника, то может быть возбуждено уголовное дело в порядке ст. 146 УПК (подробнее об этом см. комм. к ст. 20, ч. 6 ст. 144, ст. 318).

6. О любом из трех принятых решений в соответствии с ч. 1 комм. статьи сообщается заявителю и другим заинтересованным лицам. Заявителем признается лицо, подавшее устное или письменное заявление в порядке ст. 141 УПК, явку с повинной в порядке ст. 142 УПК.

Если уголовное дело возбуждено, то заявитель может быть уведомлен об этом устно (при его допросе в качестве свидетеля или потерпевшего) или письменно. Если заявитель признается потерпевшим, то по его просьбе ему бесплатно вручается копия постановления о возбуждении дела (см. комм. к п. 13 ч. 2 ст. 42).

При возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица подозреваемому вручается копия постановления о возбуждении дела (см. комм. к п. 1 ч. 4 ст. 46), об этом желательно сделать отметку на оригинале постановления (о возбуждении дела в отношении лица см. комм. к ч. 2 ст. 140).

О сроках уведомления заинтересованных лиц о возбуждении дела см. п. 10 комм. к ст. 146.

Решение о возбуждении дела может быть обжаловано прокурору и вышестоящему прокурору в порядке ст. 124 УПК. Если уголовное дело возбуждено по факту, то обжалованию в суд оно не подлежит[1]. Если уголовное дело возбуждено в отношении определенного лица, то оно может быть обжаловано в суд[2]. Конституционный Суд в своем Определении от 27.12.2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционно-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

[2] См. определения СК по УД ВС РФ: № 48-Дп02-14 по делу Довжика; № 18-кпо03-11 по делу Рудика // Научно-практическое пособие по применению УПК РФ / Под ред. В.М. Лебедева. М., 2004. С. 358.

сти отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации и жалобами ряда граждан» пояснил, что решение о возбуждении дела в отношении конкретного лица придает ему статус подозреваемого. В связи с этим может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам. Судебный контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления основных прав и свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела. Поэтому подозреваемый должен иметь право обжаловать в суд решение о возбуждении дела. Суд, рассматривая такую жалобу, не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела. Следовательно, при проверке законности постановления о возбуждении уголовного дела суд управомочен выяснять прежде всего, соблюден ли порядок вынесения данного решения, имеются ли поводы к возбуждению уголовного дела, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу. При этом принесение в суд жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица не приостанавливает совершения следственных и иных процессуальных действий (об обжаловании в суд см. комм. к ч. 1 ст. 125).

О передаче заявления по подследственности заявитель уведомляется письменным сообщением. Данное решение может быть обжаловано прокурору.

Об обеспечении прав заинтересованных лиц при отказе в возбуждении дела см. комм. к ст. 148.

7. При передаче сообщения по подследственности (по делам частного обвинения — подсудности) без возбуждения дела органами публичного уголовного преследования принимаются меры по сохранению следов преступления. Эти меры не связаны с процессуальным принуждением и осуществляются в пределах средств предварительной проверки (ст. 144 УПК). К ним относятся: осмотр места происшествия, в т.ч. осмотр предметов и документов; хранение изъятых и принятых предметов — будущих вещественных доказательств; направление запросов об истребовании документов и предметов, требований о проведении специальных исследований (ч. 4 ст. 21; ч. 1 ст. 144 УПК), получение объяснений. Например, до передачи заявления по подследственности или подсудности необходимо зафиксировать и исследовать телесные повреждения потерпевшего. Для этого может быть проведено судебно-медицинское освидетельствование (для установления легкого вреда здоровью).

Одновременно с принятием мер к сохранению следов должны быть приняты административные меры по пресечению и предупреждению правонарушения.

При необходимости применения мер процессуального принуждения (в неотложной ситуации) должно быть возбуждено уголовное дело.

ГЛАВА 20. ПОРЯДОК ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

СТАТЬЯ 146
ВОЗБУЖДЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ

1. При наличии повода и основания, предусмотренных статьей 140 настоящего Кодекса, орган дознания, дознаватель или следователь с согласия прокурора, а также прокурор в пределах компетенции, установленной настоящим Ко-

дексом, возбуждают уголовное дело, о чем выносится соответствующее постановление.

2. В постановлении о возбуждении уголовного дела указываются:

1) дата, время и место его вынесения;

2) кем оно вынесено;

3) повод и основание для возбуждения уголовного дела;

4) пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, на основании которых возбуждается уголовное дело.

3. Если уголовное дело направляется прокурору для определения подследственности, то об этом в постановлении о возбуждении уголовного дела делается соответствующая отметка.

4. Постановление следователя, дознавателя о возбуждении уголовного дела незамедлительно направляется прокурору. К постановлению прилагаются материалы проверки сообщения о преступлении, а в случае производства отдельных следственных действий по закреплению следов преступления и установлению лица, его совершившего (осмотр места происшествия, освидетельствование, назначение судебной экспертизы), — соответствующие протоколы и постановления. Прокурор, получив постановление, незамедлительно дает согласие на возбуждение уголовного дела либо выносит постановление об отказе в даче согласия на возбуждение уголовного дела или о возвращении материалов для дополнительной проверки, которая должна быть проведена в срок не более 5 суток. О решении прокурора следователь, дознаватель в тот же день уведомляет заявителя, а также лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело. При возбуждении уголовного дела капитанами морских или речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководителями геологоразведочных партий или зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, главами дипломатических представительств или консульских учреждений Российской Федерации прокурор незамедлительно уведомляется указанными лицами о начатом расследовании. В данном случае постановление о возбуждении уголовного дела и материалы передаются прокурору незамедлительно при появлении для этого реальной возможности.

1. Комм. статья предусматривает порядок возбуждения дела публичного обвинения. Возбуждение такого дела рассматривается как элемент уголовного преследования от имени государства[1], осуществляемого прокурором, следователем, органом дознания и дознавателем (ст. 21 УПК). Суд как независимый от обвинения орган не имеет право возбуждать дела публичного обвинения. Такого права не имеют и суды, рассматривающие гражданские, административные и конституционные дела.

Суд, установив в ходе судопроизводства признаки общественно опасного деяния, вправе вынести об этом частное определение (ч. 4 ст. 29 УПК) и направить материал прокурору для решения вопроса о возбуждении уголовного дела (например, заведомую ложность показаний свидетеля).

О понятии дела публичного преследования или обвинения см. комм. к ч. 1, 5 ст. 20, 21.

---

[1] См. Постановление КС РФ от 14.01.2000 г. № 1-П.

Порядок возбуждения дел частного обвинения установлен ст. 318.

2. Уголовное дело возбуждается при наличии повода и основания. Однако при наличии основания повод всегда может быть оформлен в виде рапорта (ст. 140, 143).

3. Правом возбудить уголовное дело наделены прокурор, а также с согласия прокурора — орган дознания, дознаватель, следователь и начальник следственного отдела. При этом от имени органа дознания постановление составляет должностное лицо органа дознания. Такое постановление требует утверждения начальником органа дознания (приложение 14 к ст. 476). Напротив, постановление дознавателя в согласовании с начальником органа дознания не нуждается.

4. О согласии прокурора на возбуждение дела см. комм. к ч. 4 ст. 146.

5. Решение о возбуждении дела оформляется мотивированным постановлением (приложения 12—14, 16, 18 к ст. 476). При выделении уголовного дела решение о его возбуждении может содержаться и в постановлении о выделении дела (ч. 3 ст. 154).

В постановлении указываются:

а) дата, время и место вынесения. Время возбуждения дела необходимо указать с точностью до минут. Однако некоторые бланки (приложения 12 и 14 к ст. 476) графы для указания времени не содержат, что не полностью соответствует требованиям комм. статьи;

б) кем оно вынесено. Если оно вынесено не прокурором, то должно быть получено его согласие на возбуждение дела;

в) повод (основание) для возбуждения дела (о них см. комм. к ст. 140);

Если уголовное дело возбуждается по факту обнаружения признаков преступления, то в постановлении указываются, какими доказательствами установлены какие признаки преступления.

Если уголовное дело возбуждается в отношении лица, то в постановлении дополнительно указываются доказательства причастности лица к совершению преступления, его фамилия, имя и отчество (подробнее об основаниях возбуждения дела в отношении лица см. комм. к ч. 2 ст. 140).

В примечаниях к бланкам постановлений о возбуждении дела указано, что дело возбуждается в отношении конкретного лица, если это лицо установлено. Однако фамилию подозреваемого необходимо указывать в постановлении о возбуждения дела даже тогда, когда он *предположительно* установлен, т.е. имеются данные о его участии в совершении преступления. Например, в заявлении о преступлении есть указание на конкретного преступника. В противном случае дело может возбуждаться по факту, чтобы ограничить право подозреваемого на защиту (поскольку его участие в совершении преступления будет точно установлено лишь при привлечении в качестве обвиняемого). Согласно ч. 1 ст. 46 УПК с момента вынесения постановления о возбуждении дела в отношении лица он приобретает статус подозреваемого. Органы расследования обязаны обеспечить его право на защиту (ч. 2 ст. 16), вручить копию постановления о возбуждении дела, чтобы подозреваемый знал, в чем и на основании чего он подозревается;

г) в постановлении о возбуждении дела пункт, часть, статья *УК* (результат квалификации деяния) указываются так точно, как это возможно в условиях недостатка информации, ее вероятного содержания в стадии возбуждения дела. Недопустимо квалифицировать деяние «с запасом» — по более тяжкому преступлению, чем это вытекает из установленных признаков. Завышенная квалификация может привести

к необоснованному применению мер процессуального принуждения (задержанию подозреваемого по преступлению, за которое предусмотрено наказание в виде лишение свободы). Неправильная квалификация преступления может привести к неверному определению родовой подследственности (см. комм. к ст. 151).

Квалификация преступления, указанная в постановлении о возбуждения дела, имеет предварительный характер и может быть изменена на другую при привлечении в качестве обвиняемого. Согласно практике применения аналогичных норм УПК РСФСР, возбуждение уголовного дела по одной статье *УК* не препятствует следователю предъявить обвинение по другой статье *УК*[1].

Судебная практика признает отсутствие подписи следователя на постановлении о возбуждении дела как отсутствие самого постановления[2].

6. Уголовное дело может быть возбуждено и по признакам того преступления, которое не подследственно принявшему данное решение органу (см. комм. к ст. 144, 145). В случаях, не терпящих отлагательства, орган дознания или следователь вне зависимости от подследственности возбуждает уголовное дело и проводит неотложные следственные действия (ч. 5 ст. 152, ст. 157). Дознаватель по общему правилу проводит неотложные следственные действия в пределах специально указанной предметной подследственности (см. комм. к ст. 157).

Если неотложная ситуация отсутствует, то по подследственности может быть передан повод к возбуждению дела с материалом проверки (п. 3 ч. 1 ст. 145).

О направлении дела прокурору для передачи по подследственности выносится специальное постановление (приложение 16 к ст. 476).

7. Часть 4 комм. статьи устанавливает порядок получения согласия прокурора на возбуждение уголовного дела. При толковании данной нормы следует учитывать два обстоятельства:

1) возбуждение уголовного дела является условием для применения мер процессуального принуждения, т.е. до возбуждения дела эти меры не применяются;

2) в неотложной ситуации принудительные процессуальные действия могут осуществляться без всякой санкции или разрешения.

Возбуждение уголовного дела — это процедура, длящаяся во времени. По общему правилу, предусмотренному ч. 1 ст. 146, уголовное дело считается возбужденным после получения согласия прокурора на это в виде его письменной резолюции на постановлении о возбуждении дела. В связи с этим прокурору целесообразно не только ставить свою подпись и дату, но и указывать точное время дачи согласия на возбуждение дела.

До вынесения постановления о возбуждении дела следователем или дознавателем могут быть проведены только непринудительные процессуальные действия, например осмотр места происшествия (подробнее о перечне этих действий см. комм. к ст. 144). До возбуждения дела производятся и принудительные, но непроцессуальные действия (фактическое задержание, доставление). Закон требует точного указания времени возбуждения дела (часов и минут) на соответствующем постановлении.

После вынесения постановления о возбуждении дела следователь и дознаватель вправе произвести принудительное процессуальное освидетельствование (ст. 179 УПК)

---

[1] БВС РФ. 1995. № 8. С. 13.

[2] БВС РСФСР. 1990. № 12.

и назначить судебную экспертизу (ст. 195). Проведение иных принудительных процессуальных действий до дачи согласия прокурором на возбуждение дела по буквальному смыслу ч. 4 ст. 146 по общему правилу не допускается.

При возбуждении дела в отношении конкретного лица статус подозреваемого (прежде всего право на защиту) возникает у него с момента вынесения постановления о возбуждении дела вне зависимости от получения согласия прокурора (см. комм. к ст. 46).

С момента вынесения постановления о возбуждении дела начинается предварительное расследование и исчисляется срок предварительного следствия и дознания (ст. 156, 162, 223).

В неотложных ситуациях действуют исключения из общего правила о моменте, с которого уголовное дело считается возбужденным (о понятии «неотложная ситуация» см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165). В неотложной ситуации уголовное дело считается возбужденным не с момента получения согласия прокурора на возбуждение дела (в виде письменной резолюции на постановлении), а с момента вынесения постановления о возбуждении дела дознавателем или следователем.

Так, при возбуждении уголовного дела капитанами судов, находящихся в дальнем плавании, руководителями геологоразведочных партий или зимовок, удаленных от мест расположения органов дознания, главами дипломатических представительств расследование (производство принудительных процессуальных действий) начинается без согласия прокурора. Прокурор уведомляется об этом с помощью средств связи. Когда неотложная ситуация отпадает (появляется реальная возможность), уголовное дело направляется прокурору для получения его согласия на возбуждение дела.

Представляется, что указанные правила должны применяться не только для капитанов и руководителей зимовок, но и для других органов дознания и для следователей *в неотложных ситуациях.* Когда производство принудительных процессуальных действий не терпит отлагательства следователь (дознаватель) вправе ограничить даже конституционные права граждан с последующим уведомлением судьи и прокурора (ч. 5 ст. 165 УПК). В соответствии с названной статьей неотложные меры принуждения применяются без предварительного согласия прокурора на их применение. Согласие прокурора на возбуждение дела в неотложных следственных ситуациях будет означать и согласие на применение мер принуждения. Из конкуренции норм ч. 5 ст. 165 и ст. 146 могут следовать только два вывода. Или неотложные меры принуждения применяются вообще до возбуждения дела (тогда эта стадия теряет смысл и свое значение), или дело считается возбужденным до получения согласия прокурора.

Для решения проблемы возбуждения дел в неотложных ситуациях приказ Генеральной прокуратуры РФ от 5.07.2002 г. № 39 в ред. от 16.03.2006 г. «Об организации прокурорского надзора за законностью уголовного преследования в стадии досудебного производства» (п. 2.6) устанавливает следующее правило. В случае невозможности оперативного возвращения следователю или дознавателю материалов дела для производства расследования или дознания прокурор уведомляет их о своем согласии на возбуждение дела по телефону, телеграфу, телетайпу, средствами факсимильной связи или электронной почтой, а постановления о возбуждении уголовного дела с материалами незамедлительно направляются следователю или дознавателю. Поступившие сообщения в виде телефонограмм или других документов приобщаются к материалам дела с указанием времени их фактической отправки и получения. Одна-

ко это правило не отвечает на вопрос — каким образом в неотложной ситуации направить само постановление о возбуждении дела прокурору?

На базе обобщения прокурорской практики специалисты предлагают такой ответ на этот вопрос: материалы доследственной проверки находятся в том месте, где и прокурор (оформляются дежурным ОВД, который получает письменное согласие прокурора на возбуждение дела и сообщает об этом следователю), а следователь ведет расследование в отдаленном месте, не имея на руках материалов уголовного дела[1]. Однако эта процессуальная схема не полностью согласуется с требованиями УПК, например, о вручении задержанному подозреваемому копии постановления о возбуждении в отношении него уголовного дела.

Задержание подозреваемого всегда является неотложной мерой принуждения и потому производится без санкции (см. комм. к ст. 91, 92).

8. Постановление следователя или дознавателя о возбуждении дела направляется прокурору «незамедлительно», т.е. так быстро, как это возможно в зависимости от следственной ситуации. Прокурор принимает решение по поступившим материалам «незамедлительно», до окончания текущих суток. Для обеспечения незамедлительности принятия решения ведомственные акты предусматривают круглосуточное дежурство прокуроров и их заместителей[2].

9. По поступившему постановлению прокурор принимает одно из трех решений:

1) дает немотивированное согласие на возбуждение дела в виде своей письменной резолюции на постановлении;

2) выносит мотивированное постановление об отказе в даче согласия на возбуждение дела (приложение 22 к ст. 476 УПК). Такое постановление по существу означает отмену решения о возбуждении дела и влечет такие же юридические последствия, как и отказ в возбуждении и прекращение дела (см. комм. к ст. 148 и гл. 29). Данное решение прокурора автоматически не означает незаконности или виновности дознавателя или следователя, осуществившего принудительные процессуальные действия.

Закон не указывает основания для вынесения прокурором постановления об отказе в даче согласия на возбуждение дела. По смыслу комм. статьи таким основанием является наличие обстоятельств, препятствующих производству по делу (ст. 24). При этом они должны быть установлены достоверно. На практике это крайне редкие случаи, когда следователь или дознаватель возбуждает уголовное дело при доказанности оснований для отказа в этом. Сам прокурор при отказе в даче согласия на возбуждение дела не вправе проводить проверочные действия (незамедлительность решения).

Если постановление о возбуждении дела не соответствует предъявляемым требованиям, а в материалах проверки имеются основания для возбуждения дела, то прокурор обязан отменить постановление дознавателя или следователя и сам возбудить дело (ч. 2 ст. 21, п. 2 ч. 2 ст. 37). Например, когда прокурор установил, что постановление о возбуждении дела вынесено лицом, подлежащим отводу; или дело возбуждено по факту, когда надо было возбуждать в отношении лица; или дело возбуждено в отношении лица, когда надо было возбуждать по факту.

---

[1] См.: *Коротков А.П., Тимофеев А.В.* Практика прокурорского надзора при применении некоторых положений нового УПК РФ // Прокурорская и следственная практика. 2004. № 1—2.

[2] См. п. 2.7 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 5.07.2002 г. № 39 «Об организации прокурорского надзора за законностью уголовного преследования в стадии досудебного производства».

При этом основания для возбуждения дела — это достаточные данные, *вероятно* указывающие на признаки преступления (см. комм. к ч. 2 ст. 140). Если данных недостаточно, то при отсутствии неотложной ситуации прокурор должен не отказывать в даче согласия на возбуждение дела, а возвратить материал для дополнительной проверки. До возбуждения дела объективно не могут быть исчерпаны все возможности для собирания дополнительных доказательств о преступлении, поэтому отказ в возбуждении дела не может быть основан на вероятных данных.

Предоставляя возможность прокурору отказать в даче согласия на возбуждение дела, УПК РФ заложил возможность осуществления уголовного преследования в зависимости от его *целесообразности*. Прокурор как будущий государственный обвинитель может не увидеть «судебной перспективы дела»[1]. Однако такая возможность находится в противоречии с требованиями ч. 2 ст. 21, ч. 7 ст. 246 УПК;

3) выносит мотивированное постановление о возвращении материалов для дополнительной проверки. Такое решение принимается при:

а) недостаточности оснований для возбуждения дела,

б) недоказанности обстоятельств, исключающих производство по делу (ст. 24 УПК),

в) отсутствии неотложной ситуации. В не терпящих отлагательства случаях (в т.ч. когда следственные действия уже были проведены до получения согласия прокурора) прокурор либо дает согласие на возбуждение дела, либо сам его возбуждает, либо отказывает в даче согласия.

Если по делу уже были проведены следственные действия до получения согласия прокурора, то возвращение материала для дополнительной проверки может быть необоснованным в силу того, что средства предварительной проверки (ст. 144) не способны собрать более полной информации, чем проведенные следственные действия.

При возвращении материалов органу дознания или следователю прокурор вправе дать им письменные указания (см. комм. к ст. 37).

Закон устанавливает срок дополнительной проверки — до 5 суток. Учитывая, что первоначальный 10- или 30-суточный срок проверки может быть не исчерпан полностью, в этой части время дополнительной проверки может быть увеличено. В целом первоначальная предварительная проверка сообщения о преступлении и дополнительная проверка не могут превышать 15 (35) суток (см. комм. к ст. 144).

Процессуальный закон не устанавливает средства дополнительной проверки. Представляется, что для нее должны применяться правила ст. 144.

По результатам дополнительной проверки принимается одно из решений, предусмотренных ст. 145.

10. О любом из трех решений прокурора до истечения текущих суток следователь или дознаватель обязаны уведомить заявителя и подозреваемого (см. комм. к ч. 2 ст. 145).

Органы дознания и органы предварительного следствия обязаны в двухнедельный срок информировать военные комиссариаты о возбуждении уголовных дел в от-

---

[1] Вот какие 12-месячные итоги применения этой нормы подвел зам. Генерального прокурора РФ С. Кехлеров: «Стало значительно меньше дел, возбуждаемых по «мелочи». То есть пресловутых дел о краже «двух куриц или мешка пшеницы». Сократились случаи возбуждения так называемых «заказных» дел» // РГ. 10. 07.2003.

ношении граждан, состоящих или обязанных состоять на воинском учете (ч. 6 ст. 4 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»).

11. Уголовно-процессуальным законом предусмотрен особый порядок возбуждения уголовного дела по запросам иностранных государств об уголовном преследовании (см. комм. к ст. 459) и в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом (см. комм. к ст. 448).

СТАТЬЯ 147
ВОЗБУЖДЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ЧАСТНО-ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ

1. Уголовные дела о преступлениях, указанных в части третьей статьи 20 настоящего Кодекса, возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего. Производство по таким уголовным делам ведется в общем порядке.

2. Прокурор вправе возбудить уголовное дело и при отсутствии заявления потерпевшего в случаях, если последний в силу беспомощного состояния или по иным причинам не может защищать свои права и законные интересы.

1. О понятии дел частно-публичного обвинения см. комм. к ч. 3 ст. 20.

В порядке, установленном комм. статьей, должны возбуждаться и уголовные дела, указанные в ст. 23 УПК (по заявлению коммерческой или иной организации) (см. комм. к ст. 23).

2. Возбуждение дела частно-публичного обвинения происходит в таком же порядке, как дела публичного обвинения, за исключением двух указанных ниже особенностей.

3. Обязательным поводом к возбуждению дела частно-публичного обвинения является заявление самого пострадавшего. Термин «потерпевший», используемый в комм. статье, не точен и имеет уголовно-правовой смысл, поскольку в процессуальном значении потерпевший появляется только после возбуждения уголовного дела (см. комм. к ст. 42).

При этом заявление пострадавшего рассматривается не только как сообщение о преступлении, но и как акт, выражающий его юридическую позицию. Поэтому в заявлении должно быть ясно отражено желание пострадавшего привлечь виновных к уголовной ответственности. Например, заявление с просьбой о привлечении к административной ответственности не должно рассматриваться как повод для возбуждения дела частно-публичного обвинения.

При принятии заявления пострадавшего по делу частно-публичного обвинения ему дополнительно должны быть разъяснены юридические последствия возбуждения дела (невозможность автоматического прекращения дела при примирении).

О требованиях к заявлению см. комм. к ст. 141.

Если при предварительной проверке иного сообщения о преступлении в порядке ст. 144 УПК будут установлены признаки преступления частно-публичного обвинения, то пострадавшему должно быть разъяснено его право подать заявление.

Если в процессе расследования или судебного рассмотрения дела публичное обвинение будет уменьшено путем переквалификации на дело частно-публичного обвинения, то для продолжения производства по делу должно быть получено согласие потерпевшего.

Отсутствие согласия пострадавшего является основанием для отказа в возбуждении дела или для его прекращения (п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК).

4. Уголовное дело частно-публичного обвинения может быть возбуждено без заявления пострадавшего при наличии обстоятельств, указанных в ч. 4 ст. 20 УПК. Такими обстоятельствами признается наличие причин, в силу которых пострадавший не может самостоятельно защищать свои интересы и воспользоваться своими процессуальными правами (не полностью дееспособен, находится в зависимом состоянии от предполагаемого преступника, находится в беспомощном состоянии). В этих случаях уголовное дело возбуждается в порядке ст. 146 УПК. При этом возбудить дело может не только прокурор (как это следует из буквального смысла ч. 4 комм. статьи), но и следователь, дознаватель с согласия прокурора (как это указано в ч. 4 ст. 20).

СТАТЬЯ 148
ОТКАЗ В ВОЗБУЖДЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. При отсутствии основания для возбуждения уголовного дела прокурор, следователь, орган дознания или дознаватель выносит постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Отказ в возбуждении уголовного дела по основанию, предусмотренному пунктом 2 части первой статьи 24 настоящего Кодекса, допускается лишь в отношении конкретного лица.

2. При вынесении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела по результатам проверки сообщения о преступлении, связанного с подозрением в его совершении конкретного лица или лиц, прокурор, следователь, орган дознания обязаны рассмотреть вопрос о возбуждении уголовного дела за заведомо ложный донос в отношении лица, заявившего или распространившего ложное сообщение о преступлении.

3. Информация об отказе в возбуждении уголовного дела по результатам проверки сообщения о преступлении, распространенного средством массовой информации, подлежит обязательному опубликованию.

4. Копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в течение 24 часов с момента его вынесения направляется заявителю и прокурору. При этом заявителю разъясняются его право обжаловать данное постановление и порядок обжалования.

5. Отказ в возбуждении уголовного дела может быть обжалован прокурору или в суд в порядке, установленном статьями 124 и 125 настоящего Кодекса.

6. Признав отказ в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, прокурор отменяет постановление об отказе в возбуждении уголовного дела и возбуждает уголовное дело в порядке, установленном настоящей главой, либо возвращает материалы для дополнительной проверки.

7. Признав отказ в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, судья выносит соответствующее постановление, направляет его для исполнения прокурору и уведомляет об этом заявителя.

1. Отказ в возбуждении дела — это итоговое решение стадии возбуждения дела, которым завершается уголовное судопроизводство в целом. В связи с этим отказ в возбуждении дела является основным уголовно-процессуальным решением, окончательно разрешающим уголовное дело (материал).

Постановление об отказе в возбуждении дела имеет преклюзивное значение (от *лат.* praeclusio — закрывание) — оно является основанием для прекращения будущего уголовного преследования в отношении конкретных лиц по тому же самому подозрению (п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК).

2. Часть 1 комм. статьи связывает отказ в возбуждении дела с отсутствием оснований для его возбуждения. Эта норма нуждается в ограничительном толковании.

Основанием для отказа в возбуждении уголовного дела как для основного процессуального решения является одно из обстоятельств, указанных в ст. 24 УПК, достоверно установленное с помощью уголовно-процессуальных доказательств (об основаниях для отказа в возбуждении дела см. комм. к ст. 24).

Отсутствие достаточных данных о признаках преступления не освобождает органы уголовного преследования от принятия мер по установлению события преступления и изобличению виновных. Если по истечении срока предварительной проверки сообщения о преступлении осталось неясным, было ли совершено преступление, то уголовное дело должно быть возбуждено для расследования предполагаемого события. В отличие от оснований для отказа в возбуждении дела основания для возбуждения дела имеют вероятный характер (см. комм. к ч. 2 ст. 140).

Проявлением правила о необходимости достоверности установления оснований для отказа в возбуждении уголовного дела является требование ч. 1 ст. 148 установить конкретное лицо, совершившее деяние, чтобы отказать в возбуждении дела в связи с отсутствием в деянии признаков преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК). Видимо, законодатель полагал, что достоверное установление оснований для отказа в возбуждении дела обеспечивает права пострадавшего (которому легче обратиться в суд для возмещения ущерба в порядке гражданского судопроизводства). Однако на практике это порождает проблемы и иногда приводит к обратному эффекту. Требование установления лиц, совершивших деяние, оказывается чрезмерным, например, при малозначительности (ч. 2 ст. 14 *УК*), когда очевидно отсутствие состава *в деянии*, т.е. и без лица. Обязав органы уголовного преследования устанавливать всех правонарушителей, тем самым их обрекли на невозможное. В результате правоприменители пытаются «обойти» заоблачную норму закона, используя два незаконных способа: либо отказывают в приеме заявления о преступлении, либо отказывают в возбуждении дела за отсутствием события преступления (якобы событие было, но событие не преступления, а другого не опасного деяния — правонарушения). В действительности, деяние без общественной опасности (малозначительность) — это отсутствие элемента объективной стороны состава преступления, т.е. классический пример деяния, которое не содержит признаков состава преступления. Иной подход приводит к логическому противоречию: если лицо не установлено, то отсутствует событие, а если установлено, то — состав преступления. Необоснованный отказ в возбуждении дела за отсутствием события еще более нарушает права пострадавшего, т.к. создает препятствия для последующего административного и гражданско-процессуального производства. Наименее ущербный выход из указанной проблемы находят те следователи и дознаватели, которые в постановлении об отказе в возбуждении дела просто не ссылаются на отсутствие состава преступления, указывая материально-правовое основание — малозначительность деяния (ч. 2 ст. 14 *УК*).

Для отказа в возбуждении дела в связи с отсутствием состава преступления необходимо точно указать — какого именно преступления, со ссылкой на соответствующий пункт, часть, статью *УК*.

3. Отказ в возбуждении дела оформляется мотивированным постановлением (приложение 21 к ст. 476 УПК). Если оно выносится должностным лицом органа дознания (но не дознавателем), то оно подлежит утверждению начальником органа дознания.

4. Если в результате проверки заявления о преступлении будет установлена ложность содержащихся в нем сведений об участии в совершении преступления определенных лиц, то органы уголовного преследования обязаны рассмотреть вопрос о возбуждении уголовного дела за заведомо ложный донос по ст. 306 *УК*.

В постановлении об отказе в возбуждении «основного» дела по заявлению должно содержаться решение и об отказе в возбуждении дела в отношении заявителя. При обнаружении признаков заведомо ложного доноса дознаватель, следователь или прокурор составляют рапорт в соответствии со ст. 143 УПК и принимают в установленном ст. 144, 146 порядке решение о возбуждении дела.

5. Если поводом к возбуждению дела был рапорт об обнаружении признаков преступления в сообщении средств массовой информации, то при отказе в возбуждении дела данное СМИ обязано опубликовать (распространить) информацию о принятом решении (по аналогии с опровержением — ст. 43—45 Закона от 27.12.91 в ред. от 27.07.2006 г. «О средствах массовой информации»).

6. В течение 24 часов с момента вынесения постановления об отказе в возбуждении дела его копия направляется заявителю и прокурору. Данная норма должна применяться с учетом официального толкования Конституции РФ (ст. 45, 46), данного Конституционным Судом РФ[1].

Все заинтересованные лица (чьи права затрагиваются постановлением об отказе в возбуждении дела) имеют право знакомиться с этим постановлением и материалами предварительной проверки. С учетом этого копия постановления должна быть направлена пострадавшему, даже если он не является заявителем (п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК); лицу, в отношение которого было подано заявление; лицу, в отношении которого в постановлении сделаны неблагоприятные для него выводы (например, виновность в административном правонарушении). Права этих лиц на ознакомление с материалами проверки должны быть обеспечены должностным лицом, отказавшим в возбуждении дела.

7. Отказ в возбуждении дела препятствует доступу граждан к правосудию, поэтому он может быть обжалован заинтересованными лицами как прокурору, так и в суд (см. комм. к ст. 124, 125). Кроме того, жалоба может быть направлена начальнику следственного отдела с тем, чтобы от ходатайствовал об отмене постановления о возбуждении дела перед прокурором (п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК).

8. УПК РФ предусматривает три процедуры отмены прокурором решения об отказе в возбуждении дела:

1) по жалобе заинтересованных лиц (ст. 124);

2) по ходатайству начальника следственного отдела (п. 3 ч. 1 ст. 39);

3) по собственной инициативе (ч. 6 ст. 148).

Отменяя постановление об отказе в возбуждении дела, одновременно прокурор принимает решение о возбуждении дела по правилам ст. 146 УПК или о направлении

---

[1] См.: Постановления КС РФ от 29.04.98 г. № 13-П; от 18.02.2000 г. № 3-П; Определение КС РФ от 6.07.2000 г. № 191-О.

материалов для дополнительной проверки (в зависимости от наличия оснований для возбуждения дела — см. комм. к ч. 2 ст. 140).

9. О рассмотрении судом жалобы на отказ в возбуждении дела см. комм. к ст. 125.

СТАТЬЯ 149
НАПРАВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

После вынесения постановления о возбуждении уголовного дела в порядке, установленном статьей 146 настоящего Кодекса:

1) прокурор направляет уголовное дело для производства предварительного расследования;

2) следователь приступает к производству предварительного следствия;

3) орган дознания производит неотложные следственные действия и направляет уголовное дело прокурору, а по уголовным делам, указанным в части третьей статьи 150 настоящего Кодекса, производит дознание.

1. С момента возбуждения уголовного дела начинается стадия предварительного расследования. О моменте возбуждения дела см. комм. к ч. 4 ст. 146.

2. Комм. статья предусматривает действия должностного лица, вынесшего постановление о возбуждении дела.

3. Прокурор принимает одно из следующих решений:

а) направляет уголовное дело для производства дознания или предварительного следствия в соответствии с правилами подследственности (см. комм. к ст. 151). При этом он может поручить вести следствие нижестоящему прокурору (п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК), конкретному следователю прокуратуры или органу следствия (п. 8—9 ч. 2 ст. 37), следственной группе (ч. 2 ст. 163 УПК);

б) принимает дело к своему производству (п. 2 ч. 2 ст. 37).

4. Следователь в постановлении о возбуждении дела отражает свое решение принять дело к своему производству. Если следователь возбудил уголовное дело, ему не подследственное, то оно направляется прокурору в соответствии с ч. 3 ст. 146 УПК.

5. Орган дознания проводит неотложные следственные действия и направляет его прокурору (см. комм. к ст. 157). Если уголовное дело относится к подследственности данного органа дознания (ст. 150, 151 УПК) и установлено совершившее преступление лицо (дело возбуждено в отношении конкретного лица — ст. 223 УПК), то производится дознание.

Бланк постановления о передаче дела прокурору установлен приложением 166 к ст. 476 УПК.

РАЗДЕЛ VIII. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ РАССЛЕДОВАНИЕ

ГЛАВА 21. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

СТАТЬЯ 150
ФОРМЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Предварительное расследование производится в форме предварительного следствия либо в форме дознания.

2. Производство предварительного следствия обязательно по всем уголовным делам, за исключением уголовных дел о преступлениях, указанных в части третьей настоящей статьи.

3. Дознание производится:

1) по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 112, 115, 116, 117 частью первой, 118, 119, 121, 122 частями первой и второй, 123 частью первой, 125, 127 частью первой, 129, 130, 150 частью первой, 151 частью первой, 153—157, 158 частями первой и второй, 159 частью первой, 160 частью первой, 161 частью первой, 163 частью первой, 165 частями первой и второй, 166 частью первой, 167 частью первой, 168, 170, 171 частью первой, 171^1 частью первой, 175 частями первой и второй, 177, 180 частями первой и второй, 181 частью первой, 188 частью первой, 194, 203, 207, 213 частью первой, 214, 218, 219 частью первой, 220 частью первой, 221 частью первой, 222 частями первой и четвертой, 223 частью первой и четвертой, 224, 228 частью первой, 228^2, 230 частью первой, 231 частью первой, 232 частью первой, 233, 234 частями первой и четвертой, 240 частью первой, 241 частью первой, 242, 243—245, 250 частью первой, 251 частью первой, 252 частью первой, 253, 254 частью первой, 256—258, 260 частью первой, 261 частью первой, 262, 266 частью первой, 268 частью первой, 294 частью первой, 297, 311 частью первой, 312, 313 частью первой, 314, 315, 319, 322 частью первой, 322^1 частью первой, 323 частью первой, 324—326, 327 частями первой и третьей, 327^1 частью первой, 329 и 330 частью первой Уголовного кодекса Российской Федерации;

2) по уголовным делам об иных преступлениях небольшой и средней тяжести — по письменному указанию прокурора.

4. По письменному указанию прокурора уголовные дела, указанные в пункте 1 части третьей настоящей статьи, могут быть переданы для производства предварительного следствия.

1. Предварительное расследование — это вторая стадия досудебного производства по уголовному делу, содержание которой состоит в производстве принудительных процессуальных действий, необходимых для подготовки судебного разбирательства. Расследование называется предварительным потому, что оно производится до суда и для суда.

Перед стадией предварительного расследования стоят задачи: а) собрать достаточные доказательства для рассмотрения дела судом; б) обоснованно применить меры процессуального принуждения; в) обеспечить права участников уголовного процесса.

О начале и окончании предварительного расследования см. ст. 156 и 158 УПК и комм. к ним.

Предварительное расследование является основной формой досудебной подготовки материалов дела. Лишь по делам частного обвинения (см. ч. 2 ст. 20) вместо предварительного расследования подготовка материалов к судебному разбирательству производится самим потерпевшим при содействии мирового судьи (см. комм. к ст. 318—319).

2. В главе 21 УПК предусмотрены правила, являющиеся общими условиями предварительного расследования. Это такие уголовно-процессуальные нормы, которые действуют на протяжении всей стадии предварительного расследования, определяя ее содержание. Общие условия конкретизируют принципы уголовного процесса (гл. 2 УПК), показывая особенности их проявления в данной стадии.

К общим условиям предварительного расследования, кроме содержащихся в гл. 21 УПК норм, относятся многие правила гл. 22 УПК, т.к. они имеют силу не только для предварительного следствия, но и для дознания (см. комм. к ст. 223). В тесной связи с общими условиями расследования находятся процессуальные нормы, определяющие статус органов предварительного расследования (ст. 37—41).

3. Правильное определение формы предварительного расследования является одним из его общих условий.

Форма расследования как система организации данной стадии может быть усложненной (предварительное следствие) или упрощенной (дознание) в зависимости от общественной опасности преступления и сложности его расследования. Общественная опасность определяется квалификацией преступления по конкретной норме Особенной части *УК* (о предметной подследственности см. комм. к ст. 151). Сложность расследования зависит от доступности доказательств участия подозреваемого в совершении преступления (дознание производится только по преступлениям, возбужденным в отношении конкретных лиц — см. комм. к ч. 2 ст. 223).

Об отличиях предварительного следствия и дознания см. комм. к гл. 32.

4. Предварительное следствие — это основная форма предварительного расследования, обеспечивающая максимальные гарантии установления истины и обеспечения прав участников процесса.

Предварительное следствие обязательно по тем уголовным делам, которые не указаны в ч. 3 ст. 150 УПК. Об исключениях см. комм. к ч. 4 ст. 150.

Производство дознания вместо предварительного следствия рассматривается как существенное нарушение уголовно-процессуального закона, влекущее недопустимость полученных доказательств (ч. 3 ст. 7 УПК), прекращение дела, постановление оправдательного приговора, отмену обвинительного приговора (ст. 381 УПК).

Предварительное следствие осуществляется следователями прокуратуры, ОВД, ФСБ, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (см. комм. к ст. 38 и 151).

5. Дознание — это упрощенная форма предварительного расследования, осуществляемого дознавателем или следователем по делу, по которому производство предварительного следствия не обязательно (п. 8 ст. 5 УПК). В ч. 3 комм. статьи указано одно из условий производства дознания — средняя или небольшая тяжесть преступлений (как правило). Другое условие дознания — невысокая сложность расследования дела закреплено в ч. 1 ст. 223 УПК (наличие конкретного подозрения).

Дознание как форму расследования управомочены осуществлять только дознаватели тех органов дознания, которые указаны в ч. 3 ст. 151 УПК. Об органах дознания и его особенностях см. комм. к ст. 40, 223—226.

На все органы дознания возлагается выполнение неотложных следственных действий по любым уголовным делам — это «классическое» с точки зрения истории и мировой практики дознание по УПК РФ перестало называться дознанием (см. комм. к ст. 157).

6. Часть 3 комм. статьи содержит перечень преступлений небольшой, средней тяжести (реже — тяжких преступлений), по которым может быть проведено дознание. При этом законодатель не последовательно поддерживает связь упрощенного производства в досудебных и судебных стадиях. Большая часть из указанных в ч. 3 ст. 150 составов преступлений относятся к подсудности мирового судьи (ч. 1 ст. 31 УПК), некоторые прямо относятся к подсудности районного суда, например, предусмотренные ст. 170, ч. 1 ст. 171, ч. 1 ст. 171^1, ст. 177, 194 и другими статьями *УК* (см. комм. к ч. 2 ст. 31).

По делам частного обвинения дознание производится в тех случаях, когда эти дела возбуждены органами публичного уголовного преследования в порядке ч. 4 ст. 20 УПК. Расследование этих преступлений относится к подследственности дознавателей или следователей ОВД (п. 1 ч. 3 ст. 151).

УПК РФ прямо не предусматривает возможности направления уголовного дела (заявления) частного обвинения мировым судьей для производства дознания. На практике вместо этого судья поручает органам дознания выполнить отдельные следственные действия в рамках оказания помощи стороне в собирании доказательств, по ее соответствующему ходатайству (ч. 2 ст. 319).

Норма, предусмотренная п. 2 ч. 3 комм. статьи, конкурирует с нормами, предусмотренными п. 8—9 ч. 2 ст. 37. Из сопоставления этих норм следует вывод, что прокурор вправе дать письменное указание о производстве дознания по преступлениям небольшой или средней тяжести только до того момента, как по ним началось предварительное следствие. Такое указание прокурора возможно только в стадии возбуждения уголовного дела (при возбуждении дела прокурором или при даче согласия на возбуждение дела) — ст. 146 УПК. Согласно ст. 37 УПК (п. 8—9 ч. 2) передача уголовного дела от органа следствия органу дознания невозможна.

Письменное указание прокурора о производстве дознания в соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 150 должно быть дано с учетом правил подследственности, установленных ст. 151, 152 УПК.

Преступлениями средней тяжести признаются неосторожные преступления, а также умышленные деяния, за которые максимальное наказание не превышает 5 лет лишения свободы (ч. 3 ст. 15 *УК*).

7. Дознание не производится по тем преступлениям, по которым установлена обязательность предварительного следствия по персональному признаку (о понятии «персональная подследственность» см. комм. к ст. 151). В настоящий момент таких случая два:

1) производство предварительного следствия обязательно по делам лиц, совершивших запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости, или лиц, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение (ч. 1 ст. 434

УПК) — следователями тех органов, к предметной подследственности которых относится данное деяние;

2) производство предварительного следствия обязательно по делам о преступлениях, совершенных в отношении лиц, указанных в подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151 УПК в связи с их профессиональной или служебной деятельностью.

8. Решением прокурора производство предварительного следствия может быть признано обязательным по уголовному делу, относящемуся к компетенции дознания (п. 8 ч. 2 ст. 37) или частному обвинению (ч. 4 ст. 20). Письменное указание прокурора об этом должно быть мотивировано. В частности, прокурор может дать указание о производстве следствия вместо дознания, если: а) уголовное дело возбуждено по факту, б) за сокращенные сроки дознания невозможно полно и объективно провести расследование данного дела, в) уголовное дело имеет особое общественное значение.

СТАТЬЯ 151
ПОДСЛЕДСТВЕННОСТЬ

1. Предварительное расследование производится следователями и дознавателями.

2. Предварительное следствие производится:

1) следователями прокуратуры — по уголовным делам:

а) о преступлениях, предусмотренных статьями 105—110, 111 частью четвертой, 120, 126, 127 частями второй и третьей, 127^1 частями второй и третьей, 127^2 частями второй и третьей, 128, 131—133, 136—149, 205, 205^1, 205^2, 208—212, 215, 215^1, 216, 217, 227, 237—239, 246—249, 250 частями второй и третьей, 251 частями второй и третьей, 252 частями второй и третьей, 254 частями второй и третьей, 255, 263, 269, 270, 271, 279, 282, 282^1, 282^2, 285—293, 294 частями второй и третьей, 295, 296, 298—305, 317, 318, 320, 321, 328, 332—354 и 356—360 Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***;**

б) о преступлениях, совершенных лицами, указанными в статье 447 настоящего Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 7 части третьей настоящей статьи, а также о преступлениях, совершенных в отношении указанных лиц в связи с их профессиональной деятельностью;

в) о преступлениях, совершенных должностными лицами органов федеральной службы безопасности, Службы внешней разведки Российской Федерации, Федеральной службы охраны Российской Федерации, органов внутренних дел Российской Федерации, учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, таможенных органов Российской Федерации, военнослужащими и гражданами, проходящими военные сборы, лицами гражданского персонала Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов в связи с исполнением ими своих служебных обязанностей или совершенных в расположении части, соединения, учреждения, гарнизона, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 7 части третьей настоящей статьи, а также о преступлениях, совершенных в отношении указанных лиц в связи с их служебной деятельностью;

2) следователями органов федеральной службы безопасности — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 188 частями второй—

четвертой, 189, 205, 205[1], 205[2], 208, 211, 275—281, 283, 284, 322 частью второй, 322[1] частью второй, 323 частью второй, 355 и 359 Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

3) следователями органов внутренних дел Российской Федерации — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 111 частями первой—третьей, 113, 114, 117 частями второй и третьей, 122 частями третьей и четвертой, 123 частью третьей, 124, 127[1], 127[2], 134, 135, 150 частями второй и третьей, 151 частями второй и третьей, 158 частями третьей и четвертой, 159 частями второй—четвертой, 160 частями второй—четвертой, 161 частями второй и третьей, 162, 163 частями второй и третьей, 164, 165 частью третьей, 166 частями второй—четвертой, 167 частью второй, 169, 171 частью второй, 171[1] частью второй, 172—174, 174[1], 175 частью третьей, 176, 178, 179, 180 частью третьей, 181 частью второй, 183—187, 188 частями второй—четвертой, 191—193, 195—199[2], 201, 202, 204—206, 208—210, 213 частью второй, 215[2], 219 частями второй и третьей, 220 частями второй и третьей, 221 частями второй и третьей, 222 частями второй и третьей, 223 частями второй и третьей, 225—227, 228 частью второй, 228[1], 234 частями второй и третьей, 235, 236, 240 частями второй и третьей, 241 частями второй и третьей, 242[1], 259, 260 частями второй и третьей, 261 частью второй, 264, 266 частями второй и третьей, 267, 268 частями второй и третьей, 272—274, 290—293, 304, 313 частями второй и третьей, 322[1] частью второй, 327 частью второй, 327[1] частью второй и 330 частью второй Уголовного кодекса Российской Федерации;

4) *утратил силу. — ФЗ от 30.06.2003 № 86-ФЗ*;

5) следователями органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 188 частями второй—четвертой (в части, касающейся контрабанды наркотических средств и психотропных веществ), 228 частью второй, 228[1], 229, 230 частями второй и третьей, 231 частью второй, 232 частью второй, 234 частями второй и третьей Уголовного кодекса Российской Федерации.

3. Дознание производится:

1) дознавателями (следователями) органов внутренних дел Российской Федерации — по всем уголовным делам, указанным в части третьей статьи 150 настоящего Кодекса, за исключением уголовных дел, указанных в пунктах 3—6 настоящей части;

2) *утратил силу. — ФЗ от 30.06.2003 № 86-ФЗ*;

3) дознавателями пограничных органов федеральной службы безопасности — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 253 и 256 (в части, касающейся незаконной добычи водных животных и растений, обнаруженной пограничными органами федеральной службы безопасности), частью первой статьи 322 и частью первой статьи 323 Уголовного кодекса Российской Федерации, а также о преступлении, предусмотренном частью первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации (в части, касающейся контрабанды, задержанной пограничными органами федеральной службы безопасности в отсутствие таможенных органов Российской Федерации);

4) дознавателями органов службы судебных приставов, указанных в пункте 2 части первой статьи 40 настоящего Кодекса, — по уголовным делам о пре-

ступлениях, предусмотренных частью первой статьи 294, статьей 297, частью первой статьи 311, статьями 312 и 315 Уголовного кодекса Российской Федерации;

5) дознавателями таможенных органов Российской Федерации — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных частью первой статьи 188 и статьей 194 Уголовного кодекса Российской Федерации;

6) дознавателями органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьей 168, частью первой статьи 219, частью первой статьи 261 Уголовного кодекса Российской Федерации *(в ред. ФЗ от 03.07.2006 № 97-ФЗ)***;**

7) следователями прокуратуры — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных частью третьей статьи 150 настоящего Кодекса, совершенных лицами, указанными в подпунктах «б» и «в» пункта 1 части второй настоящей статьи;

8) дознавателями (следователями) органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 228 частью первой, 228^2, 230 частью первой, 231 частью первой, 232 частью первой и 233 и 234 частями первой и четвертой Уголовного кодекса Российской Федерации.

4. По уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 275, 276, 283 и 284 Уголовного кодекса Российской Федерации, в совершении которых обвиняются лица, указанные в подпункте «в» пункта 1 части второй настоящей статьи, предварительное следствие производится следователями органов федеральной службы безопасности.

5. По уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 146, 158 частями третьей и четвертой, 159 частями второй—четвертой, 160 частями второй—четвертой, 161 частями второй и третьей, 162, 171 частью второй, 171^1 частью второй, 172—174, 174^1, 176, 183, 185, 187, 188, 190, 191 частью второй, 192, 193, 195—197, 201, 202, 204, 206, 208—210, 222 частями второй и третьей, 226 частями второй—четвертой, 228 частью второй, 228^1, 272—274, 282^1, 282^2, 308, 310, 327 частью второй и 327^1 частью второй Уголовного кодекса Российской Федерации, предварительное следствие может производиться также следователями органа, выявившего эти преступления *(в ред. ФЗ от 03.07.2006 № 98-ФЗ)***.**

6. По уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 150, 285, 285^1, 285^2, 286, 290—293, 306—310, 311 частью второй, 316 и 320 Уголовного кодекса Российской Федерации, предварительное следствие производится следователями того органа, к чьей подследственности относится преступление, в связи с которым возбуждено соответствующее уголовное дело.

7. При соединении в одном производстве уголовных дел, подследственных разным органам предварительного расследования, подследственность определяется прокурором с соблюдением подследственности, установленной настоящей статьей.

8. Споры о подследственности уголовного дела разрешает прокурор.

1. Подследственность — это совокупность признаков уголовного дела, которые позволяют установить определенный орган, управомоченный его расследовать. К органам расследования относятся следователь и дознаватель (см. комм. к п. 7, 41 ст. 5;

ст. 38, 41). Правом проводить расследование наделены прокурор (п. 2 ч. 2 ст. 37) и начальник следственного отдела (ч. 2 ст. 39).

Органы дознания уполномочены осуществлять неотложные следственные действия (ч. 3 ст. 40, ст. 157), для выполнения которых в ст. 157 установлены специальные правила подследственности и требования комм. статьи на них не распространяются.

Понятие «подследственность» связано с понятиями «компетенция», «подсудность» и «юрисдикция». Подследственность характеризует отношение между органом расследования и уголовным делом с точки зрения признаков дела (объекта). Этим она отличается от понятия компетенции, относящейся к признакам органа (субъекта). Термин «юрисдикция» используется в УПК применительно к суду и к государству. Виды признаков подследственности сходны с видами подсудности (см. комм. к ст. 31—32).

Значение правил подследственности состоит в обеспечении такого распределения уголовных дел между органами расследования, чтобы каждое уголовное дело было максимально качественно и быстро подготовлено к судебному разбирательству. Правила подследственности связаны и с соблюдением прав потерпевшего и обвиняемого, так они позволяют им правильно адресовать свои ходатайства и жалобы. Но главное, что в подобных случаях умаляется право обвиняемого, которое можно назвать правом на естественного (законного) следователя, подобное его праву на естественный (законный) суд. Как и при отказе в праве на естественный суд, произвольное нарушение правил подследственности порождает сомнения в беспристрастности органа расследования, который, возможно, назначен *ad hoc* (лат. — специально для данного случая), но пристрастность публичного обвинителя несовместима в состязательном процессе с принципом равенства сторон. Поэтому несоблюдение правил подследственности признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона (ст. 381) и влечет признание полученных доказательств недопустимыми (ч. 3 ст. 7). Так, на практике получило распространение нарушение подследственности по уголовным делам, возбуждаемым по ч. 1 ст. 228 *УК* (Незаконные приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка без цели сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов в крупном размере). УПК РФ относит эти дела к компетенции органов госнаркоконстроля (п. 8 ч. 3 ст. 151), а расследуют их ОВД.

Правила подследственности используются также для распределения дел внутри следственных подразделений и подразделений дознания.

2. Уголовно-процессуальное законодательство предусматривает два вида (признака) подследственности: *предметную (родовую)* — ст. 151 и *территориальную (местную)* — ст. 152. Остальные признаки подследственности являются исключениями (или дополнениями) для предметного признака. Исключения применяются в силу: а) особенностей статуса подозреваемого, обвиняемого или потерпевшего (*персональная* или *личная* подследственность), б) связи с другим уголовным делом (*альтернативная* подследственность), в) исключительной компетенции органа уголовного преследования (*универсальная* подследственность).

3. Комм. статья регламентирует предметную подследственность и исключения из нее. О территориальной подследственности см. комм. к ст. 152.

Предметная (родовая) подследственность определяется категорией (предметом, родом) преступления. Она зависит от степени и характера общественной опасности

преступления, а также от особенностей его объекта (сферы общественных отношений). Предметный признак подследственности выражен в квалификации преступления по статьям Особенной части *УК*.

4. К предметной подследственности следователей прокуратуры относятся уголовные дела о преступлениях с особенно высокой степенью общественной опасности, указанные в подп. «а» п. 1 ч. 2 комм. статьи.

5. Если с точки зрения предметного признака по уголовному делу обязательно производство предварительного следствия (состав преступления не подпадает в перечень ч. 3 ст. 150 УПК), то в силу персонального признака следователи прокуратуры производят предварительное следствие по преступлениям, совершенным:

а) лицами, обладающими служебным иммунитетом (см. ст. 447 УПК и комм. к ней);

б) должностными лицами, указанными в подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 151 правоохранительных органов;

в) лицами гражданского персонала воинских формирований или правоохранительных органов в связи с исполнением ими служебных обязанностей, или совершенных в расположении соответствующего учреждения.

Должностными лицами по смыслу комм. статьи являются сотрудники названных в подп. «в» п. 1 ч. 1 комм. статьи учреждений, имеющие специальные или воинские звания и назначенные на соответствующие должности.

О должностных лицах ФСБ см. ст. 16 ФЗ от 03.04.95 г. «О федеральной службе безопасности», с изм. на 30.06.2003 г.

О должностных лицах Службы внешней разведки см. ст. 17 ФЗ от 10.01.96 г. «О внешней разведке».

О должностных лицах Федеральных органов государственной охраны см. ст. 19 ФЗ от 27.05.96 г. «О государственной охране».

О системе органов внутренних дел см. п. 2 Положения о МВД РФ, утв. Указом Президента РФ от 18.07.96 г. № 1039; о сотрудниках ОВД см. ст. 1 Положения о службе в ОВД РФ, утв. Постановлением Верховного Совета РФ от 23.12.92 г. № 4202-1.

О сотрудниках органов уголовно-исполнительной системы МЮ РФ см. ст. 24 Закона РФ от 21.07.93 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы».

О таможенных органах см. п. 11 ст. 11, ст. 402 Таможенного кодекса РФ от 28.05.2003 г.; о должностных лицах таможенных органов и сотрудниках см. ст. 3 и 4 ФЗ от 21.07.97 г. «О службе в таможенных органах Российской Федерации».

Военнослужащим является гражданин, проходящий военную службу по контракту или призыву в Вооруженных Силах РФ, а также во внутренних войсках МВД РФ, в войсках гражданской обороны, инженерно-технических и дорожно-строительных воинских формированиях при федеральных органах исполнительной власти, Службе внешней разведки РФ, органах ФСБ, федеральном органе специальной связи и информации, федеральных органах государственной охраны, федеральном органе обеспечения мобилизационной подготовки органов государственной власти РФ, воинских подразделениях федеральной противопожарной службы и создаваемых на военное время специальных формированиях, а также иностранный гражданин, проходящий службу в Вооруженных Силах РФ, других войсках, воинских формированиях и органах (ст. 2 ФЗ от 28.03.98 г. «О воинской обязанности и военной службе»; ст. 2 ФЗ от 27.05.98 г. «О статусе военнослужащих»).

УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР (ст. 126), не предусматривает подследственности следователей военной прокуратуры. В то же время ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» предусмотрено создание органов военной прокуратуры (ст. 46). В военных прокуратурах по решению Главного военного прокурора могут создаваться следственные подразделения.

Подследственность следователей специализированных прокуратур устанавливается подзаконными актами самой прокуратуры. При этом любое распределение уголовных дел между следователями прокуратуры не нарушает уголовно-процессуальный закон.

При определении подследственности следователей военной прокуратуры необходимо учитывать подсудность уголовных дел военным судам (см. комм. к ст. 31), в частности, установленный приоритет судов общей юрисдикции перед военными судами (ч. 7 ст. 31 УПК). Поэтому и «гражданские» следователи при конкуренции признаков подследственности должны иметь приоритет перед «военными».

Следователи прокуратуры вне зависимости от квалификации преступления (даже если оно по квалификации относится к дознанию или к органам ФСБ) проводят предварительное следствие по преступлениям, совершенным в отношении лиц, указанных: 1) в подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 151 в связи с их профессиональной деятельностью; 2) в подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 151 в связи с их служебной деятельностью.

Об исключениях из персональной подследственности прокуратуры см. комм. к ч. 4 ст. 151.

О персональной подследственности по делам о применении принудительных мер медицинского характера см. комм. к ч. 3 ст. 150.

6. Пункт 2 ч. 2 комм. статьи устанавливает предметную подследственность следователей ФСБ.

7. Предметная подследственность следователей ОВД установлена путем перечисления составов преступлений в п. 3 ч. 2 комм. статьи. К этой подследственности относится большинство преступлений, за исключением тех, которые отнесены к компетенции следователей прокуратуры, ФСБ, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Об альтернативной подследственности см. комм. к ч. 5—6 ст. 151.

8. Следователи органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ расследуют дела о преступлениях, непосредственно связанных с их сферой деятельности (п. 5 ч. 2 ст. 151).

9. Часть 3 комм. статьи определяет предметную подследственность только тех органов дознания, которые указаны в ч. 1 ст. 40 УПК, и в которых есть отделы и отделения дознания, т.е. «штатные» дознаватели (о понятии «дознаватель» см. комм. к ст. 41). При этом следует иметь в виду, что в этих органах дознание может проводить не только «штатный» дознаватель, но и иной сотрудник по соответствующему поручению (см. комм. к ст. 223).

Остальные органы дознания, не указанные в ч. 3 комм. статьи, не имеют подразделений дознания и своей предметной подследственности, поэтому вправе проводить лишь неотложные следственные действия в порядке ст. 157 УПК.

10. Дознание производят дознаватели:

— ОВД с самой широкой предметной подследственностью;

— пограничных органов ФСБ;

— службы судебных приставов МЮ РФ, которые предусмотрены только на уровне субъектов РФ;

— таможенных органов;

— органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы[1];

— органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

11. Правом проводить дознание по соответствующему поручению прокурора наделены следователи ОВД и органов госнаркоконтроля по делам, отнесенным к «дознавательской» подследственности этих органов.

12. Следователи прокуратуры производят дознание при соблюдении следующих условий:

а) преступление совершено лицами, указанными в подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151;

б) по предметному признаку это преступление относится к дознанию (указано в перечне ч. 3 ст. 150).

Если преступление совершено в отношении этих лиц (обладающих служебным иммунитетом или являющихся военнослужащими или должностными лицами правоохранительных органов), то по данному преступлению обязательно производство предварительного следствия следователями прокуратуры.

Следователи прокуратуры проводят дознание «вместо» командиров воинских частей соединений, начальников военных учреждений или гарнизонов. Они как орган дознания указаны в п. 3 ч. 1 ст. 40, однако не имеют отделов дознания, штатных дознавателей и наделены правом производства только неотложных следственных действий в порядке ст. 157.

13. Часть 4 комм. статьи устанавливает для четырех составов преступлений изъятие из персональной подследственности следователей прокуратуры в пользу предметной подследственности следователей ФСБ. Персональная подследственность как исключение из предметной отсутствует («не срабатывает») по указанным в ч. 4 ст. 151 делам, отнесенным к предметной подследственности следователей ФСБ. Это правило распространяется только в отношении лиц, указанных в подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 151.

При этом возникает коллизия норм, когда одно и то же лицо обладает иммунитетом по ст. 447 УПК и одновременно указано в подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 151. Например, следователь ФСБ совершает преступление в виде шпионажа (ст. 276 *УК*). В этом случае УПК не позволяет однозначно решить вопрос о подследственности. Ответ на него можно дать исходя из общей роли прокуратуры в уголовном процессе. Представляется, что нормы, закрепленные в подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 151, по смыслу закона являются специальными, поскольку обеспечивают процессуальный иммунитет лиц, указанных в ст. 447. Поэтому при указанной коллизии приоритетом пользуется подследственность следователя прокуратуры. Иными словами, исключение из исключения приводит к правилу так же, как два минуса дают плюс.

Приведем еще несколько примеров применения норм об определении персональной подследственности. Преступление в виде государственной измены (ст. 275 *УК*),

---

[1] См. приказ МЧС РФ от 15.12.2002 № 587 «О мероприятиях по организации и осуществлению дознания по делам о пожарах» в ред. от 22.03.2004 г.

совершенное прокурором, адвокатом, следователем органов госнаркоконтроля, будет расследоваться следователем прокуратуры (подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 151). Если это преступление совершено дознавателем органов госнаркоконтроля, представителем обвиняемого (не адвокатом), начальником следственного отдела ФСБ (не принимающим дело к своему производству), то дело будет расследоваться следователем ФСБ (ч. 4 ст. 151). Если в отношении следователя ФСБ совершен заведомо ложный донос (ст. 306 *УК*), то по такому делу должно производиться предварительное следствие следователем прокуратуры (подп. «б» п. 1 ч. 2 ст. 151).

14. Часть 5 и 6 комм. статьи устанавливает признаки подследственности, которые принято называть *альтернативными* и по *связи дел*.

Указанные в ч. 5 комм. статьи преступления могут расследоваться следователями того органа, который выявил данные преступления (альтернативная подследственность).

Указанные в ч. 6 комм. статьи преступления могут расследоваться тем органом, который их возбудил (подследственность по связи дел). Учитывая редакцию перечисленных в ч. 6. ст. 151 УПК статей, следует сделать вывод, что преступление в виде неквалифицированного вовлечения несовершеннолетнего в совершение преступления (ч. 1 ст. 150 *УК*) может расследоваться и в форме дознания дознавателями любых органов дознания (ч. 3 ст. 150 УПК). Дознание по делам, указанным в ч. 6 комм. статьи, может проводиться и по другим преступлениям средней тяжести по письменному указанию прокурора (ч. 3 ст. 150 УПК).

15. Между альтернативной подследственностью и подследственностью по связи дел нет принципиальных различий, кроме выявления преступления в ходе непроцессуальной (административной или оперативно-розыскной деятельности) — «альтернативность» или в ходе процессуальной деятельности (расследования) — «связь дел». С учетом запрета совмещения оперативно-розыскной деятельности и процессуальной (ч. 2 ст. 41 УПК) следует признать, что это единый вид подследственности. Он основан на связи двух дел (или материалов), которая дает альтернативу (выбор) в предметной подследственности.

16. УПК РФ предусматривает еще один вид подследственности, которую можно назвать универсальной. Универсальная подследственность — это такое исключение из предметной подследственности, когда родовой признак (квалификация преступления) вообще не имеет значения. Универсальная подследственность возникает в двух случаях:

а) когда прокурор принимает любое уголовное дело к своему производству вне зависимости от квалификации преступления (п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК; ч. 2 ст. 31 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

б) и когда прокурор передает любое уголовное дело от органа предварительного расследования следователю прокуратуры, например, в связи с чрезвычайным положением (п. 9 ч. 2 ст. 37 УПК).

17. Части 7 и 8 комм. статьи устанавливают правило, согласно которому в спорных случаях подследственность определяет прокурор.

Обеспечить соблюдение подследственности при конкуренции ее признаков помогут следующие рекомендации:

а) при соединении дел приоритет имеет тот орган, к чьей предметной подследственности относится более тяжкое преступление. Поэтому орган следствия всегда имеет преимущество перед дознавателем;

б) при конкуренции предметной и персональной подследственности приоритетом пользуется персональная (как исключение из правила), кроме случаев, прямо предусмотренных ч. 4 комм. статьи;

в) при конкуренции признаков альтернативной подследственности и персональной последняя имеет бóльшую силу.

Передача дела по подследственности от одного органа расследования другому всегда производится по постановлению прокурора (ч. 3 ст. 146, ч. 3 ст. 149, ч. 5 ст. 152, ст. 155, ч. 3 ст. 157, приложение 25 к ст. 476). При этом прокурор вправе без учета предметной подследственности передать любое уголовное дело от органа дознания следователю и от любого следователя — следователю прокуратуры (п. 8 и 9 ч. 2 ст. 37). Передача дела от одного органа расследования другому не должна нарушать предметную и персональную подследственность (п. 9 ч. 2 ст. 37).

Следователь или дознаватель, установив, что дело ему не подследственно по предметному или персональному признаку, обязан руководствоваться ч. 5 ст. 152 УПК.

СТАТЬЯ 152
МЕСТО ПРОИЗВОДСТВА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Предварительное расследование производится по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей. В случае необходимости производства следственных или розыскных действий в другом месте следователь вправе произвести их лично либо поручить производство этих действий соответственно следователю или органу дознания, который обязан выполнить поручение в срок не позднее 10 суток.

2. Если преступление было начато в одном месте, а окончено в другом месте, то уголовное дело расследуется по месту окончания преступления.

3. Если преступления совершены в разных местах, то по решению прокурора уголовное дело расследуется по месту совершения большинства преступлений или наиболее тяжкого из них.

4. Предварительное расследование может производиться по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей в целях обеспечения его полноты, объективности и соблюдения процессуальных сроков.

5. Следователь, дознаватель, установив, что уголовное дело ему не подследственно, производит неотложные следственные действия, после чего передает уголовное дело прокурору для направления по подследственности.

1. Комм. статья устанавливает правила территориальной подследственности. Место производства расследования правомерно обозначать термином «подследственность» в силу прямого указания на этот термин в ч. 5 комм. статьи.

Территориальная подследственность призвана разграничить компетенцию органов расследования одного уровня и ведомства. Место производства расследования определяется для обеспечения оптимального режима всесторонности, объективности и полноты расследования.

В отличие от УПК РСФСР (ст. 41), в УПК РФ место производства предварительного расследования не определяет территориальную подсудность уголовного дела (ст. 32). Однако влияние подследственности на подсудность остается на практике

(см. комм. к ст. 32) и закреплено в некоторых международных нормах (ст. 77 Минской конвенции 1993 г. — см. комм. к ст. 33).

2. По общему правилу предварительное расследование производится в том месте, где окончено деяние, вне зависимости от места наступления преступных последствий. Место окончания деяния определяется территорией органа расследования, на которой совершено последнее действие, входящее в объективную сторону состава преступления, или на которой должны были быть совершены действия при преступном бездействии.

Например, преступник с территории участка № 1 произвел выстрел в потерпевшего, который находился на территории участка № 2. Несмотря на место нахождения трупа потерпевшего (последствия), предварительное следствие должно производиться в участке № 1.

Об исключениях см. комм. к ч. 4—5 ст. 152.

Распределение территории между одноименными органами расследования устанавливается ведомственными нормативными актами с учетом административно-территориального деления.

В начале расследования территориальная подследственность устанавливается, вероятно, приблизительно. Оно начинается в том районе, в котором возбуждено уголовное дело (или в который дело направлено прокурором). При установлении иной подследственности применяются правила ч. 5 ст. 152.

3. Часть 1 комм. статьи содержит норму о производстве следственных или розыскных действий вне места предварительного расследования.

Поскольку термин «следственные действия» в УПК точно не определен, представляется возможным применять данную норму и для некоторых процессуальных действий (с учетом п. 4 ч. 2 ст. 38; п. 32 ст. 5).

Для производства действий вне места расследования предусматривается два способа: выезд в другую местность самого следователя или дознавателя либо направление в другую местность поручения. Выбор способа определяется следователем (дознавателем) так, чтобы не происходило отчуждение своих исключительных процессуальных полномочий (переложение своих функций на другого). Поручение процессуальных действий является определенным изъятием из принципа непосредственности (см. комм. к ст. 240), поэтому его пределы должны быть ограничены. Иначе институт подследственности теряет всякий смысл — можно все поручить другому органу, которому дело не подследственно.

Следователь обязан лично выполнить процессуальные действия (и не имеет право поручить их выполнение другому), когда:

а) необходимо произвести большой объем следственных действий;

б) следственные или иные процессуальные действия связаны с оценкой доказательств в их совокупности, т.е. с принятием решений, определяющих направление расследования. Так, нельзя поручать действия: по принятию решений (избрание меры пресечения, назначение экспертизы, признание потерпевшим и др.); по проведению значимых для формирования позиции сторон действий (допрос обвиняемого, предъявление обвинения); связанных с передачей всего уголовного дела (ознакомление с материалами оконченного расследования).

4. Поручение следователя или дознавателя (отдельное поручение) — это его письменное обращение к другому органу расследования с предписанием о производстве процессуальных или розыскных действий в связи с расследуемым уголовным делом.

УПК предусматривает два вида поручений следователя: поручения органу дознания по месту производства следствия (п. 4 ч. 2 ст. 38) и поручение органу дознания или другому следователю вне места следствия (ч. 1 ст. 152). При этом вне места следствия поручение может быть дано как следователю, так и органу дознания.

Поручено может быть производство процессуальных действий или розыскных действий.

При поручении производства процессуальных действий следует учитывать, что:

1) на исполнителя поручения распространяются правила об отводе (ст. 61, 67);

2) необходимо обеспечивать права участников процесса на их присутствие при исполнении поручения. Так, если следственное действие производится по ходатайству потерпевшего (п. 9 ч. 2 ст. 42), гражданского истца (п. 10 ч. 4 ст. 44), подозреваемого (п. 9 ч. 4 ст. 46), обвиняемого (п. 10 ч. 4 ст. 47), защитника (п. 5 ч. 1 ст. 53), то они имеют право в нем участвовать. Если следственное действие производится с участием подозреваемого (например, допрос подозреваемого), то исполнитель поручения обязан уведомить его защитника о времени и месте производства следственного действия. Необеспечение права на участие защитника является существенным нарушением УПК (ч. 3 ст. 7) и влечет недопустимость полученных доказательств;

3) кроме следственных действий (в узком смысле — о понятии следственных действий см. комм. к ст. 164) может быть поручено выполнение иных процессуальных действий:

а) по ознакомлению лиц с постановлением о признании их участниками уголовного процесса и разъяснений им прав и обязанностей,

б) по исполнению мер процессуального принуждения (задержания, наложения ареста на имущество, отобрание обязательства о явке, привода),

в) по обеспечению мер выявления и устранения обстоятельств, способствовавших совершению преступления (ч. 2 ст. 158). Это могут быть требования о проведении органом дознания специальных обследований по месту жительства, учебы или работы обвиняемого, поручения по осуществлению контроля за исполнением представлений следователя, например, поручения органу государственного пожарного надзора об осуществлении регулярного наблюдения за устранением указанных в представлении недостатков, о проведении контрольных обследований объекта.

Поручение о производстве розыскных или оперативно-розыскных действий может преследовать цель установления личности преступника или места его нахождения, установления подлежащего аресту имущества или источников доказательств (п. 38 ст. 5, п. 4 ч. 2 ст. 38). Розыскные меры могут осуществляться по поручению следователя путем процессуальных действий или оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ). Однако оперативные подразделения самостоятельно выбирают конкретные средства и методы для исполнения поручения и перечень ОРМ.

Следователь не должен поручать производство таких гласных розыскных действий, которые ему целесообразно выполнить лично, например получить сведения из криминалистических учетов.

Форма поручения следователя содержится в приложении 45 к ст. 476 УПК. Оно должно быть мотивированным, учитывая общие требования к процессуальным ре-

шениям (ч. 4 ст. 7). К поручению могут прилагаться необходимые материалы: а) обеспечивающие обоснованность и законность исполнения поручения (постановление о задержании, постановление о приводе, постановление о наложении ареста на имущество), б) обеспечивающие тактику выполнения поручения (копии процессуальных документов, планы следственных действий, справки о личности допрашиваемых).

Десятисуточный срок выполнения поручения может быть изменен самим поручителем или продлен. Исполнение поручения о производстве процессуальных действий должно быть совершено в пределах срока предварительного расследования (ч. 3 ст. 209). Розыскные действия (не сопряженные с процессуальным принуждением) могут быть выполнены и по приостановленному делу (ст. 210). За неисполнение или несвоевременное исполнение поручения исполнитель может быть подвергнут дисциплинарной ответственности.

5. В УПК не решен вопрос о том, какой орган по территориальности должен давать разрешение на принудительные процессуальные действия при выполнении поручений. В тех случаях, когда решение принимается без участия обвиняемого или подозреваемого, целесообразно получать разрешение прокурора и суда по месту производства расследования (ч. 2 ст. 165). Когда в заседании необходимо обеспечить участие самого обвиняемого или подозреваемого, разрешение дает суд по месту производства процессуального действия (ч. 4 ст. 108).

6. Части 3 и 4 комм. статьи предусматривают исключения из общего правила территориальной подследственности. Для обеспечения полноты, объективности расследования и соблюдения его сроков предварительное расследование может производиться по месту совершения наиболее тяжкого из преступлений (а не последнего), по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей.

Вопрос об изменении общего правила территориальной подследственности решается прокурором. По смыслу п. 9 ч. 2 ст. 37 УПК прокурор вправе передать уголовное дело другому органу расследования и вообще без соблюдения территориальной подследственности (разумеется, если эта передача обеспечивает лучшие условия для всесторонности, полноты, объективности расследования).

7. Часть 5 комм. статьи содержит общее правило передачи дела по подследственности как территориальной, так и предметной (т.к. термин «подследственность» явно относится к названию ст. 151).

Передача дела происходит через прокурора и только при отсутствии неотложной ситуации (приложение 166 к ст. 476 УПК). В противном случае следователь или дознаватель выполняет неотложные следственные действия (об этом см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165).

СТАТЬЯ 153
СОЕДИНЕНИЕ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ

1. В одном производстве могут быть соединены уголовные дела в отношении:

1) нескольких лиц, совершивших одно или несколько преступлений в соучастии;

2) одного лица, совершившего несколько преступлений;

3) лица, обвиняемого в заранее не обещанном укрывательстве преступлений, расследуемых по этим уголовным делам.

2. Соединение уголовных дел допускается также в случаях, когда лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено, но имеются достаточные основания полагать, что несколько преступлений совершены одним лицом или группой лиц.

3. Соединение уголовных дел производится на основании постановления прокурора.

4. При соединении уголовных дел срок производства по ним определяется по уголовному делу, имеющему наиболее длительный срок предварительного расследования. При этом срок производства по остальным уголовным делам поглощается наиболее длительным сроком и дополнительно не учитывается.

1. Соединение уголовных дел как общее условие предварительного расследования обеспечивает его всесторонность, объективность и полноту. В этих целях орган расследования объединяет в одном производстве два или более уголовных дела, при наличии указанных в комм. статье оснований.

2. Всесторонность, объективность и полнота расследования не должны вступать в противоречие с другими принципами уголовного процесса. Так, осуществление права обвиняемого на защиту возможно лишь от индивидуального, конкретного обвинения. Бесконечное исследование «темного прошлого» обвиняемого практически лишило бы его этого процессуального права. Чрезмерное требование раскрытия всех преступлений, совершенных всеми лицами, противоречит праву быть судимым без неоправданной задержки (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах). Необоснованное соединение дел чревато превращением производства в бумажного многотомного «монстра», затягиванием процесса и нарушением сроков расследования, судебного разбирательства, содержания под стражей. По этой причине, в отличие от УПК РСФСР 1960 г., в действующем Кодексе соединение дел уже не пользуется явным приоритетом перед их выделением.

Однако УПК в ред. ФЗ от 04.07.2003 г. предоставил судье право возвратить дело прокурору, если имеются основания для соединения дел (п. 4 ч. 1 ст. 237). В результате эта норма стала в некотором смысле санкцией за несоединение дел во время производства предварительного расследования. В то же время закон не запрещает соединять дела прямо в судебном производстве в отношении одного и того же подсудимого до начала судебного разбирательства[1].

3. Основаниями соединения дел являются прикосновенность различных лиц к общим деяниям или связь различных деяний с общими лицами:

1) совершение преступлений в соучастии, т.е. умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления (ст. 32 *УК*);

2) совершение одним лицом нескольких преступлений (реальная или идеальная совокупность преступлений — ст. 17 *УК*);

3) обвинение лиц в заранее не обещанном укрывательстве особо тяжких преступлений (ст. 316 *УК*), которые расследуются по соединяемым делам. Обстоятельства укрывательства зависят от укрываемого преступления.

---

[1] См. п. 17 разъяснений СК по УД ВС РФ // http://www.supcourt.ru/solution/faq/uk/2.htm

Как правило, для соединения дел необходима доказанность участия лиц в совершении преступлений. Поэтому дела соединяются в отношении обвиняемых (после вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого). Как исключение, закон не запрещает соединять дела и в отношении подозреваемых, и даже в отношении неустановленных лиц.

Часть 2 комм. статьи дает право соединения дел в отношении неустановленных лиц, если есть доказательства о том, что преступления совершены тем же лицом или той же группой. Это могут быть доказательства о специфическом способе совершения преступления, предмете преступления (например, принадлежность к одной партии поддельных денег).

Особой разновидностью является соединение в одном производстве встречных заявлений по делу частного обвинения (ч. 3 ст. 321 УПК).

Не допускается соединение дел по иным основаниям (общность преступных результатов неосторожных деяний не соучастников; небрежного хранения оружия и использования его другим лицом).

4. Условием соединения является наличие самих возбужденных и расследуемых дел, поскольку в одном производстве могут быть соединены только уголовные дела, но не материалы. Из этого условия вытекают следующие правила:

1) не могут быть соединены дела, приостановленные и прекращенные, без соответственно возобновления дела или отмены постановления о прекращении дела;

2) если в ходе расследования обнаружено новое преступление (факт, по которому первоначально дело не возбуждалось), то необходимо сначала в порядке ст. 146 УПК принять решение о возбуждении нового дела, а затем соединять их в одном производстве;

3) если первоначальное дело было возбуждено в отношении определенного лица, а в процессе расследования установлены соучастники, то перед соединением дел также необходимо возбудить новое уголовное дело в отношении новых лиц.

Расследование преступления без возбуждения дела признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона (ст. 7, 381 УПК), даже если оно замаскировано соединением дел или постановлением о возбуждении иного дела. Например, уголовное дело возбуждается в отношении лица по факту незаконного ношения им огнестрельного оружия. В рамках этого дела устанавливается вина данного лица в совершении других преступлений (организации преступной группы). Затем ему предъявляется обвинение, не связанное с фактом, по которому возбуждалось дело. Эта практика противоречит закону.

Вместе с тем судебная практика признает необязательным вынесение постановления о возбуждении дела в отношении нового соучастника, если первоначально дело возбуждалось по факту[1].

5. Соединение дел допускается на основании постановления надзирающего прокурора (приложение 47 к ст. 476 УПК). Следователь или дознаватель вправе обратиться к прокурору с ходатайством об этом. Вопрос о присоединении дела к другому может быть решен и при даче прокурором согласия на возбуждение дела в порядке ст. 146.

---

[1] См. Определение КС РФ от 22.01.2004 № 79-О.

6. Часть 4 комм. статьи устанавливает правила исчисления срока предварительного следствия и дознания при соединении дел (ст. 162, 223). Срок содержания под стражей регулируется отдельно ст. 94, 100, 109 УПК.

Срок расследования соединенного дела приравнивается к сроку производства того из соединяемых дел, у которого он наибольший, вне зависимости от времени его возбуждения. Срок расследования остальных дел поглощается и не учитывается.

Эти правила, однако, не должны использоваться для манипуляций со сроками следствия в нарушение требования его быстроты. Иллюстрацией подобных незаконных действий может служить, например, такая ситуация: согласно полученным сообщениям стало известно, что некое лицо совершило три кражи, однако следователь, вопреки закону, не возбуждает дело по всем трем эпизодам краж; вместо этого он сначала возбуждает дело по факту первой кражи и по истечении 2 месяцев, отведенных по закону для проведения следствия, под каким-либо надуманным предлогом приостанавливает его. В тот же день возбуждается дело по факту второй кражи, расследование по которому также приостанавливается. Затем возбуждается третье дело, и перед истечением по нему срока следствия все три дела (расследование по первым двум делам в этом случае возобновлено) соединяются в одно производство, срок по которому исчисляется в 2 месяца (этот срок является наибольшим), в то время как фактически на производство расследования уже затрачено 6 месяцев. Начальник следственного отдела и прокурор должны незамедлительно реагировать на такого рода нарушения, отменяя незаконные решения и обеспечивая быстроту следствия.

7. Установленные комм. статьей правила могут применяться и для соединения уголовных дел публичного обвинения в судебном производстве. Часть 7 ст. 31 УПК прямо разрешает в нем выделение дела, а ст. 33 не исключает и их соединение.

СТАТЬЯ 154
ВЫДЕЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Дознаватель, следователь или прокурор вправе выделить из уголовного дела в отдельное производство другое уголовное дело в отношении:

1) подозреваемых или обвиняемых по уголовным делам о преступлениях, совершенных в соучастии, в случаях, указанных в пунктах 2—4 части первой статьи 208 настоящего Кодекса;

2) несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, привлеченного к уголовной ответственности вместе с совершеннолетними обвиняемыми;

3) иных лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступления, не связанного с деяниями, вменяемыми в вину по расследуемому уголовному делу, когда об этом становится известно в ходе предварительного расследования.

2. Выделение уголовного дела в отдельное производство для завершения предварительного расследования допускается, если это не отразится на всесторонности и объективности предварительного расследования и разрешения уголовного дела, в случаях, когда это вызвано большим объемом уголовного дела или множественностью его эпизодов.

3. Выделение уголовного дела производится на основании постановления прокурора, следователя или дознавателя. Если уголовное дело выделено в отдельное производство для производства предварительного расследования нового преступления или в отношении нового лица, то в постановлении должно содержаться

решение о возбуждении уголовного дела в порядке, предусмотренном статьей 146 настоящего Кодекса.

4. В уголовном деле, выделенном в отдельное производство, должны содержаться подлинники или заверенные прокурором, следователем или дознавателем копии процессуальных документов, имеющих значение для данного уголовного дела.

5. Материалы уголовного дела, выделенного в отдельное производство, допускаются в качестве доказательств по данному уголовному делу.

6. Срок предварительного следствия по уголовному делу, выделенному в отдельное производство, исчисляется со дня вынесения соответствующего постановления, когда выделяется уголовное дело по новому преступлению или в отношении нового лица. В остальных случаях срок исчисляется с момента возбуждения того уголовного дела, из которого оно выделено в отдельное производство.

1. Выделение уголовного дела означает изъятие из основного производства части его материалов в качестве самостоятельного уголовного дела. Выделение прямо противоположно соединению дел и в условиях состязательности пользуется приоритетом. Выделение дел обеспечивает: а) объективность путем создания специального режима расследования для отдельных категорий лиц или б) быстроту расследования и его «процессуальную экономию» — возможность продолжать или завершить расследование, несмотря на возникшие препятствия.

Выделение дела следует отличать от выделения материалов (см. комм. к ч. 3 ст. 154, ст. 155).

2. По общему правилу выделение уголовного дела допускается в отношении обвиняемых. Как исключение, предусматривается выделение дела в отношении подозреваемых (например, при производстве дознания).

3. Основаниями для выделения дела является две группы обстоятельств: а) прикосновенность лиц к расследуемым преступлениям; б) множественность преступлений. В зависимости от этого дело выделяется или в отношении лиц, или в отношении преступлений (эпизодов, фактов).

4. Основаниями выделения дела в отношении определенных лиц являются:

1) наличие оснований для приостановления уголовного дела в отношении некоторых из установленных соучастников (п. 2—4 ч. 1, ч. 3 ст. 208);

2) несовершеннолетний возраст на момент совершения преступления некоторых из соучастников (ст. 422);

3) отсутствие связи между деянием некоторых из обвиняемых с тем преступлением, которое расследуется по «основному» делу (п. 3 ч. 1 ст. 154). По этому основанию (в отличие от выделения материалов — ст. 155) уголовное дело выделяется, когда отсутствие связи было установлено *в результате* расследования, начатого по общему для всех деяний факту.

Например, уголовное дело возбуждено по факту пожара. В процессе расследования установлен поджог, совершенный одним лицом, и халатность должностного лица, нарушившего правила противопожарной безопасности. В отношении одного из них уголовное дело может быть выделено в отдельное производство. Другой пример: уголовное дело возбуждено по факту несчастного случая на производстве. В ходе расследования установлена неосторожная вина разных должностных лиц;

4) отказ некоторых обвиняемых от рассмотрения их дела судом с участием присяжных заседателей при соответствующем ходатайстве других обвиняемых (п. 1 ч. 5 ст. 217);

5) невменяемость некоторых из соучастников (ст. 436);

6) в отношении некоторых обвиняемых дело подсудно военному суду, при возражении других обвиняемых (ч. 7 ст. 31). Это основание прямо предусмотрено только для судебного производства. Однако учитывая подготовительный для суда характер расследования, целесообразно применять аналогию для выделения дела уже в досудебном производстве (при ознакомлении обвиняемых со всеми материалами дела).

Комм. статья прямо не предусматривает каких-либо дополнительных условий для выделения дела в отношении конкретных лиц. Однако учитывая, что выделение дела может угрожать всесторонности расследования (принципу истины, который также прямо не закреплен в УПК), следует применять аналогию с ч. 2 комм. статьи. *Условием для выделения дела является обеспечение всесторонности и объективности расследования и разрешения дела*. Данный вывод подкрепляется многократным утверждением законодателя о том, что выделение дела в отношении лиц может быть и невозможно (видимо, в силу именно указанного условия) — см. ч. 7 ст. 31, п. 1 ч. 5 ст. 217, ст. 422 УПК)[1]. Кроме того, официальный бланк постановления о выделении дела (приложение 48 к ст. 476) предусматривает соблюдение указанного условия для всех оснований выделения дела в отношении лиц.

5. Часть 2 комм. статьи регламентирует выделение дела не только в отношении лиц, но и в отношении преступлений (фактов). Основанием для этого является необходимость завершения расследования по отдельным эпизодам или в отношении отдельных обвиняемых. Здесь имеются в виду такие ситуации, когда некоторые эпизоды уже полностью расследованы, а другие еще нет. Чтобы избежать затягивания сроков дознания, следствия и содержания под стражей лиц, считающихся невиновными, дело в «готовой» части может быть выделено для направления в суд. Этот институт реализует международно-правовой принцип на доступ к правосудию без неоправданной задержки (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах).

Выделение дела для завершения расследования допускается при условии, что это не отразится на всесторонности и объективности расследования и разрешения дела. Это условие нуждается в расширительном толковании (на все основания выделения дела) в силу значения принципа истины в публично-правовом уголовном процессе. Например, судебная практика признает невозможным рассмотрение дела об укрывательстве преступления без рассмотрения дела о самом этом преступлении[2].

6. Выделение дела оформляется мотивированным постановлением прокурора, следователя, дознавателя без согласования с прокурором. Официальный бланк этого постановления предусматривает получение согласия прокурора (приложение 48 к ст. 476 УПК), но по смыслу закона лишь в части решения вопроса о возбуждении дела в отношении нового лица.

Если уголовное дело выделяется для расследования нового преступления или в отношении нового лица, то при выделении дела решается вопрос о его возбуждении в порядке ст. 146 УПК. Тогда вынесение отдельного постановления о возбуждении дела не требуется.

---

[1] В то же время УПК не предусматривает «невозможности» выделения дела при приостановлении (ст. 208) и в отношении невменяемого (ст. 436).

[2] См. Кассационное определение ВС РФ № 6-49/2003 по делу Эседова и Батырбекова.

7. В каждом случае обнаружения признаков преступления органы расследования должны решать вопрос о возбуждении дела (ч. 2 ст. 21). Проведение расследования без возбуждения дела считается существенным нарушением УПК.

Вопрос о необходимости возбуждения дела при выделении надо решать с учетом того, по какому основанию возбуждалось «основное», первоначальное дело. Выделяемое дело надо возбуждать, если оно выделяется в отношении:

1) нового события, по которому основное дело не возбуждалось. Например, если уголовное дело возбуждено по факту обнаружения сгоревшего трупа, то выделение дела по поджогу (факт пожара) не требует возбуждения. Если же дело выделяется по факту прошлогоднего изнасилования, в котором сознался обвиняемый в поджоге, то при выделении надо возбуждать новое дело;

2) тех лиц, которые не были указаны в постановлении о возбуждении основного дела, возбужденного против конкретного лица. Например, если уголовное дело возбуждено по факту причинения вреда здоровью (неизвестным лицом), то установление новых соучастников не требует возбуждения новых дел. Если же дело возбуждено в отношении конкретного подозреваемого, то выявление новых соучастников требует нового решения о возбуждении дела.

При разрешении этих коллизионных вопросов на практике следует учесть, что «лишнее» решение о возбуждении дела не является существенным нарушением закона, в то время как отсутствие необходимого решения о возбуждении дела приведет к недопустимости полученных доказательств.

Выделение дела в отношении нового лица или нового преступления отличается от выделения материалов тем, что оно происходит: а) при наличии признаков нового преступления, или б) в отношении установленного лица, или в) в отношении преступления, связанного с расследуемым по основному делу.

8. Выделяемое дело должно содержать оригиналы процессуальных документов (когда эти документы не столь существенны для основного дела) или заверенные копии документов (когда эти документы необходимы в основном деле). При этом в основном деле остается копия постановления о выделении дела и могут остаться (при относимости) копии выделенных документов.

9. Часть 5 комм. статьи указывает на доказательственное значение «материалов» по выделенному делу. Однако доказательствами могут быть не все материалы, а лишь оригиналы или копии протоколов (ст. 83), заключений экспертов и специалистов (ст. 80), иных документов (ст. 84) и вещественных доказательств (ст. 81). Эти материалы проверяются и оцениваются в общем порядке, предусмотренном гл. 10—11 УПК.

10. Исчисление срока расследования по выделенному делу начинается с момента возбуждения (его самого или основного дела). Срок содержания под стражей исчисляется отдельно в порядке ст. 94, 100, 109 УПК.

11. Правила комм. статьи могут применяться и в судебном производстве в части оснований и условий выделения дела.

СТАТЬЯ 155
ВЫДЕЛЕНИЕ В ОТДЕЛЬНОЕ ПРОИЗВОДСТВО МАТЕРИАЛОВ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. В случае, если в ходе предварительного расследования становится известно о совершении преступления, не связанного с расследуемым преступлением,

дознаватель, следователь выносит постановление о выделении материалов, содержащих сведения о новом преступлении, из уголовного дела и направлении их прокурору для принятия решения в соответствии со статьями 144 и 145 настоящего Кодекса.

2. Материалы, содержащие сведения о новом преступлении и выделенные из уголовного дела в отдельное производство, допускаются в качестве доказательств по данному уголовному делу.

1. Выделение материалов — это новый процессуальный институт, ранее существовавший на уровне правового обычая. Основания для выделения материалов необходимо отличать от оснований для выделения дела (ст. 154 УПК).

2. В отдельное производство выделяется материал при одновременном соблюдении трех условий:

1) только в отношении преступлений (событий, фактов), в т.ч. совершенных неустановленными лицами. Если требуется выделение в отношении определенного лица, то надо выделять дело по п. 3 ч. 1 ст. 154;

2) когда *перед* выделением очевидно отсутствие связи между «основным» преступлением и выделяемым фактом. Если эта связь не очевидна, то расследуется единое дело. При установлении отсутствия связи *после* расследования может быть выделено дело по п. 3 ч. 1 ст. 154;

3) о выделяемом факте недостаточно данных, указывающих на признаки преступления (например, следователь предполагает о совершении преступления «чужой» подследственности). Если на момент выделения имеются достаточные данные о признаках преступления — основания для возбуждения дела, то должно быть возбуждено и выделено новое дело по ч. 3 ст. 154.

3. Выделение материалов оформляется мотивированным постановлением следователя (приложение 49 к ст. 476 УПК).

4. Выделенный материал и постановление о выделении направляются прокурору как повод для возбуждения дела. Прокурор организует проведение проверки в порядке ст. 144 УПК и принимает решение в соответствии со ст. 145.

5. О доказательствах см. комм. к ст. 74—75**.**

СТАТЬЯ 156
НАЧАЛО ПРОИЗВОДСТВА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Предварительное расследование начинается с момента возбуждения уголовного дела, о чем следователь, дознаватель, орган дознания выносит соответствующее постановление, которое должно быть согласовано с прокурором. В постановлении следователь, дознаватель также указывает о принятии им уголовного дела к своему производству.

2. Если следователю или дознавателю поручается производство по уже возбужденному уголовному делу, то он выносит постановление о принятии его к своему производству, копия которого в течение 24 часов с момента его вынесения направляется прокурору.

1. Предварительное расследование как принудительная процессуальная деятельность начинается только после возбуждения уголовного дела. Однако сам момент

возбуждения дела в УПК четко не определен, т.к. возбуждение дела — это тоже процесс, растянутый во времени. Для совершения большинства принудительных процессуальных действий (при отсутствии неотложной ситуации) моментом возбуждения дела является получение согласия прокурора на это (см. комм. к ст. 146).

Для исчисления сроков расследования моментом возбуждения дела всегда считается момент вынесения постановления о возбуждении дела. На постановлении о возбуждении дела согласно требованиям ч. 2 ст. 146 УПК кроме даты должно быть указано время его вынесения.

2. Следователь или дознаватель в составленном им постановлении о возбуждении дела «своей» подследственности (о ней см. комм. к ст. 150—152) отражает решение о принятии дела к своему производству. Решение о принятии дела «чужой» подследственности к своему производству должно быть принято при производстве неотложных следственных действий в порядке, предусмотренном ст. 157 УПК.

3. Прокурор, начальник следственного отдела, начальник органа дознания вправе поручить соответственно следователю или дознавателю производство по уже возбужденному делу. Тогда выносится отдельное постановление о принятии дела к своему производству (приложение 15 к ст. 476).

4. Расследование дела лицом, не принявшим его к своему производству, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона и влечет ничтожность полученных результатов (ч. 3 ст. 7).

По смыслу процессуального закона должен быть акт, указывающий на прекращение полномочий конкретного следователя или дознавателя на производство по данному делу. Таким актом следует считать постановление о направлении дела прокурору для передачи по подследственности, передаче дела другому следователю или дознавателю (которая должна быть оформлена письменно), или постановление о принятии дела к производству другим следователем или дознавателем. Иначе в одном деле может быть несколько уполномоченных вести расследование лиц, которые не оформлены как следственная группа.

СТАТЬЯ 157
ПРОИЗВОДСТВО НЕОТЛОЖНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

1. При наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, орган дознания в порядке, установленном статьей 146 настоящего Кодекса, возбуждает уголовное дело и производит неотложные следственные действия.

2. Неотложные следственные действия производят:

1) органы дознания, указанные в пунктах 1 и 8 части третьей статьи 151 настоящего Кодекса, — по всем уголовным делам, за исключением уголовных дел, указанных в пунктах 2—6 части второй настоящей статьи;

2) органы Федеральной службы безопасности — по уголовным делам о преступлениях, указанных в пункте 2 части второй статьи 151 настоящего Кодекса;

3) таможенные органы — по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 188 частями второй—четвертой, 189, 190, 193 Уголовного кодекса Российской Федерации;

4) командиры воинских частей и соединений, начальники военных учреждений и гарнизонов — по уголовным делам о преступлениях, совершенных во-

еннослужащими, гражданами, проходящими военные сборы, а также лицами гражданского персонала Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов в связи с исполнением ими своих служебных обязанностей или в расположении части, соединения, учреждения, гарнизона;

5) начальники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы — по уголовным делам о преступлениях против установленного порядка несения службы, совершенных сотрудниками соответствующих учреждений и органов, а равно о преступлениях, совершенных в расположении указанных учреждений и органов иными лицами;

6) иные должностные лица, которым предоставлены полномочия органов дознания в соответствии со статьей 40 настоящего Кодекса.

3. После производства неотложных следственных действий и не позднее 10 суток со дня возбуждения уголовного дела орган дознания направляет уголовное дело прокурору в соответствии с пунктом 3 статьи 149 настоящего Кодекса.

4. После направления уголовного дела прокурору орган дознания может производить по нему следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия только по поручению следователя. В случае направления прокурору 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.

1. Комм. статья регламентирует выполнение неотложных следственных действий органом дознания по уголовным делам, по которым производство предварительного следствия обязательно (п. 2 ч. 2 ст. 40 УПК). Этот институт является преемником такой разновидности дознания, которая по УПК РСФСР называлась «дознание по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно» (ст. 119).

В практике применения указанных норм УПК РСФСР возникла тенденция сворачивания этого вида дознания. Ведомственные инструкции предусматривали дежурство следователей и их немедленный выезд по вызову. Эта тенденция в новом Кодексе привела к упразднению дознания данного вида.

УПК РФ не называет данную деятельность дознанием, хотя именно она с точки зрения истории и современной мировой практики является «классическим» дознанием.

2. Производство неотложных следственных действий представляет собой факультативный начальный этап расследования, на котором орган дознания в неотложной ситуации вместо следователя возбуждает уголовное дело и выполняет процессуальную и оперативно-розыскную деятельность в целях быстрейшего обнаружения и закрепления следов преступления, а также установления лиц, совершивших преступление.

Факультативной эта деятельность является потому, что она имеет место не по каждому уголовному делу, по которому обязательно проведение предварительного следствия, а только в тех неотложных ситуациях, когда следователь в силу тех или иных причин не может немедленно приступить к исполнению своих обязанностей (например, выехал для проведения следственных действий по другому делу).

При отсутствии неотложной ситуации сообщение о преступлении передается по подследственности в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 145.

Под неотложной ситуацией принято понимать внезапное возникновение таких обстоятельств, которые явно указывают на признаки преступления и дают основания полагать, что промедление с совершением принудительных процессуальных действий может реально повлечь: а) утрату следов преступления, б) сокрытие лиц, его совершивших, в) утрату возможности возмещения ущерба, причиненного преступлением.

3. По буквальному толкованию ч. 1 ст. 157 содержание данного вида деятельности органа дознания состоит в возбуждении уголовного дела и производстве неотложных следственных действий. Согласно п. 19 ст. 5 к неотложным следственным действиям относятся только те, которые предназначены для незамедлительного обнаружения, закрепления, изъятия и исследования доказательств (следов преступления). Однако содержание указанной деятельности нуждается в расширительном толковании.

В неотложной ситуации орган дознания вправе выполнить:

1) неотложные *процессуальные* действия:

— возбудить уголовное дело (*с*м. комм. к ч. 4 ст. 146). Бланк соответствующего постановления предусмотрен приложением 14 к ст. 476 УПК,

— выполнить неотложные следственные действия (в узком смысле слова) по обнаружению и фиксации следов преступления,

— применить неотложные меры процессуального принуждения (задержание подозреваемого — ст. 91, 92, избрание и применение меры пресечения — ст. 100, наложение ареста на имущество — ст. 115, ч. 5 ст. 165, обязательство о явке — ст. 112, привод — ст. 113);

2) процессуальные действия по собиранию и проверке доказательств, не относящиеся к категории следственных: истребование и принятие представленных предметов и документов, справок, актов ревизий, инвентаризаций и др. (см. комм. к ст. 144);

3) действия непроцессуального характера (административные и оперативно-розыскные), например, доставление, охрана места происшествия, опрос граждан.

В отличие от ст. 119 УПК РСФСР, УПК РФ не содержит перечня неотложных следственных действий. Поэтому конкретные следственные действия определяются по ситуации. Однако к неотложным не могут быть отнесены любые следственные действия. Содержание этого института как начального этапа расследования позволяет утверждать, что не являются неотложными процессуальными действиям те из них, которые связаны с принятием основных решений по делу и могут быть произведены лишь после привлечения лица в качестве обвиняемого.

По смыслу комм. статьи орган дознания не вправе производить: вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, предъявление обвинения, допрос обвиняемого; возбуждение ходатайства о наложении денежного взыскания; составление обвинительного заключения, ознакомление с оконченными материалами дела; «исключительно» проверочные следственные действия — следственный эксперимент и проверку показаний на месте; прекращение уголовного дела (кроме как по п. 1, 3 и 4 ст. 24), приостановление уголовного дела и др.

4. В комм. статье четко предусмотрена деятельность органа дознания, а не дознавателя. Из этого следует, что:

1) неотложные следственные действия производит должностное лицо органа дознания (не обязательно «штатный» дознаватель), а его решения по общему правилу должны утверждаться начальником органа дознания. Например, таким должностным

лицом является участковый уполномоченный милиции (п. 10.2 и 14.3 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900);

2) на должностное лицо органа дознания в этом случае не распространяются требования ч. 2 ст. 41 УПК. Ему не запрещено проводить по делу оперативно-розыскные мероприятия.

5. Данный институт может применяться по аналогии:

1) для органов дознания и дознавателей по делам, по которым производство предварительного следствия не обязательно: а) до передачи дела по подследственности или б) при неизвестности подозреваемого лица (ст. 223);

2) для следователей при производстве ими дознания или следствия в предусмотренных ч. 5 ст. 152 УПК случаях.

6. Часть 2 комм. статьи устанавливает предметную или персональную подследственность при производстве неотложных следственных действий (о понятии «подследственность» см. комм. к ст. 151). В случаях, прямо предусмотренных УПК (п. 4—5 ч. 2 ст. 157, ч. 3 ст. 40), для определения компетенции органов дознания при выполнении неотложных следственных действий значение имеет и место совершения преступления.

При этом следует иметь в виду, что в неотложной ситуации на начальном этапе расследования подследственность устанавливается лишь предварительно, с известной долей вероятности. Окончательно подследственность дела определит прокурор после завершения начального этапа расследования.

Кодекс не устанавливает какой-либо подследственности при выполнении неотложных действий целого ряда органов дознания. Для некоторых из них необходимо ориентироваться на предметную подследственность по правилам ст. 151 УПК (например, органам государственного пожарного надзора, службе судебных приставов). Для органов дознания, наделенных правом осуществлять ОРД и прямо не указанных в комм. статье, подследственность не имеет значения. Это такие органы, как Служба внешней разведки МО РФ, Федеральные органы государственной охраны (ст. 13 ФЗ от 12.08.95 «Об оперативно-розыскной деятельности»).

7. Срок производства неотложных следственных действий не может превышать 10 суток. Если они будут выполнены за меньшее время или прокурор раньше сможет передать дело следователю, то данная деятельность органа дознания заканчивается и до истечения 10-суточного срока. Этот срок не подлежит продлению (о правилах исчисления срока см. комм. к ст. 128).

Для определения подследственности орган дознания передает дело прокурору (приложение 166 к ст. 476 УПК).

Если в процессе производства неотложных следственных действий будет установлен подозреваемый, то при соблюдении правил подследственности (ст. 150, 151) начальник органа дознания может поручить дознавателю производство дознания в порядке гл. 32 УПК (такая возможность вытекает из ред. п. 3 ст. 149 УПК.

8. Часть 4 комм. статьи разрешает органу дознания проводить следственные действия и ОРМ по направленному прокурору делу только по письменному поручению следователя (о поручении см. комм. к п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 1 ст. 152). На органе дознания остается обязанность установить лицо, совершившее преступление, о результатах выполнения которой он уведомляет следователя.

При применении данных норм следует учесть существующее разграничение процессуальной и оперативно-розыскной деятельности. ОРД вправе осуществлять не любые органы дознания и даже не сами органы дознания, а их *оперативные подразделения* (ч. 1 ст. 13 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»). Оперативные подразделения обладают самостоятельностью в своей деятельности, в частности в выборе конкретных оперативно-розыскных мероприятий.

Розыскные меры (которые не являются оперативно-розыскными) органы дознания могут осуществлять только по поручению следователя (п. 38 ст. 5 УПК).

СТАТЬЯ 158
ОКОНЧАНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Производство предварительного расследования оканчивается:

1) по уголовным делам, по которым предварительное следствие обязательно, — в порядке, установленном главами 29—31 настоящего Кодекса;

2) по остальным уголовным делам — в порядке, установленном главой 32 настоящего Кодекса.

2. Установив в ходе досудебного производства по уголовному делу обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, дознаватель, следователь вправе внести в соответствующую организацию или соответствующему должностному лицу представление о принятии мер по устранению указанных обстоятельств или других нарушений закона. Данное представление подлежит рассмотрению с обязательным уведомлением о принятых мерах не позднее одного месяца со дня его вынесения.

1. Окончание предварительного расследования — это его заключительный этап, на котором принимается итоговое для данной стадии решение.

2. Итоговое решение зависит от формы предварительного расследования (о формах предварительного расследования см. комм. к ст. 150).

Предварительное следствие заканчивается одним из трех решений:

1) прекращением уголовного дела (см. комм. к ст. 212—214, 439);

2) направлением уголовного дела с обвинительным заключением прокурору для передачи его в суд (см. комм. к ст. 215—222);

3) направлением уголовного дела прокурору для передачи его в суд для применения принудительных мер медицинского характера в отношении невменяемых (см. комм. к ст. 439).

Предварительное расследование в форме дознания может закончиться одним из двух решений:

1) прекращением уголовного дела (ст. 212—214);

2) направлением уголовного дела с обвинительным актом прокурору для передачи его в суд (см. комм. к ст. 225—226).

Дознание может также завершиться направлением дела для производства предварительного следствия (п. 4 ч. 1 ст. 226), однако для стадии предварительного расследования — это промежуточное решение.

По УПК РФ деятельность прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением или обвинительным актом, является частью предварительного рассле-

дования, однако имеет относительную самостоятельность (об этом см. комм. к п. 9 ст. 5).

3. Часть 2 комм. статьи предусматривает представление как основное средство в «арсенале» органов расследования для устранения обстоятельств, способствовавших совершению преступления. При этом по сравнению с УПК РСФСР в новом Кодексе профилактическая роль органов расследования заметно понизилась, т.к. для них это не основное направление процессуальной деятельности.

4. Обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, являются частью предмета доказывания по уголовному делу (ч. 2 ст. 73 УПК). Из этого следует, что органы расследования обязаны их устанавливать (об обязанности доказывания см. комм. к ст. 14), что для этого могут быть получены судебные доказательства, в т.ч. проведены необходимые следственные действия. В качестве процессуальной санкции за невыполнение этой обязанности уголовное дело может быть возвращено прокурором для производства дополнительного следствия (п. 3 ч. 1 ст. 221).

Обстоятельствами, способствовавшими совершению преступления, являются его причины и условия. Среди них принято выделять[1] три группы обстоятельств: 1) антиобщественная направленность самой личности обвиняемого, 2) условия ее формирования, 3) обстановка совершения преступления. Первая группа устанавливается в рамках характеристики личности обвиняемого (п. 3 ч. 1 ст. 73). Вторая группа устанавливается при производстве по делам в отношении несовершеннолетних (п. 2 ч. 1 ст. 421). Третья группа обстоятельств наиболее обширна для выявления по остальным делам. К ней относятся факторы, облегчившие совершение преступления, давшие к нему повод, способствовавшие наступлению более тяжких последствий.

Представление может служить средством для устранения обстоятельств второй и третьей указанных групп. Кроме представления, орган расследования вправе использовать другие профилактические меры: а) процессуального характера (меры процессуального принуждения — для обстоятельств первой группы; поручения органу дознания — п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК; требования — ч. 4 ст. 21 УПК); б) непроцессуального характера (обсуждения на собрании, выступления следователя в СМИ, устные сообщения должностным лицам).

5. Представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, должно быть основано на доказательствах, имеющихся в уголовном деле. Этим оно отличается от представления и предостережения прокурора, вынесенным в порядке общего надзора (ст. 24, 25[1] ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»).

В одном уголовном деле может быть несколько представлений.

При установлении соответствующих обстоятельств внесение представления является обязанностью органов расследования.

Согласно расположению данной нормы представление должно быть вынесено на заключительном этапе расследования, но до прекращения дела или направления его прокурору. Вместе с тем представление может быть вынесено и ранее, если будут доказаны его основания.

---

[1] См., например: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 178—179; *Шестаков Д.А.* Криминология. СПб., 2001. С. 133; *Гилинский Я.* Криминология. СПб., 2002. С. 91.

Представление как процессуальное решение должно отвечать требованиям обоснованности и мотивированности. Оно выносится в письменной форме.

В представлении особое внимание должно быть уделено: а) указанию обстоятельств, способствовавших совершению преступления (при этом желательно указать и доказательства, на основании которых они установлены); б) конкретным мерам, которые необходимо предпринять для устранения этих обстоятельств.

При этом следует учесть: а) недопустимость вмешательства в административную, организационно-распорядительную, хозяйственную деятельность организаций или должностных лиц; б) презумпцию невиновности. В представлении не должны констатироваться или предрешаться виновность конкретных лиц в преступлениях или административных правонарушениях.

Содержанием представления могут быть и меры по укреплению правопорядка (например, предложения о поощрении конкретных сотрудников, пресекших совершение преступления).

6. Копия представления и уведомление о принятых мерах приобщаются к материалам уголовного дела. Если уголовное дело уже находится в суде, то уведомление направляется в суд.

7. За умышленное неисполнение представления возможно привлечение к административной ответственности по ст. 17.7 *КоАП*.

СТАТЬЯ 158[1]
ВОССТАНОВЛЕНИЕ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ

1. Восстановление утраченного уголовного дела либо его материалов производится по постановлению прокурора, а в случае утраты уголовного дела или материалов в ходе судебного производства — по решению суда, направляемому прокурору для исполнения.

2. Восстановление уголовного дела производится по сохранившимся копиям материалов уголовного дела, которые могут быть признаны доказательствами в порядке, установленном настоящим Кодексом, и путем проведения процессуальных действий.

3. Сроки дознания, предварительного следствия и содержания под стражей при восстановлении уголовного дела исчисляются в порядке, установленном статьями 109, 162 и 223 настоящего Кодекса.

4. Если по утраченному уголовному делу истек предельный срок содержания под стражей, то обвиняемый подлежит немедленному освобождению.

1. Восстановление утраченных уголовных дел как общее условие предварительного расследования — это деятельность органов предварительного расследования по повторному собиранию доказательств об обстоятельствах, подлежащих установлению по делу, путем проведения следственных действий, истребования и приобщения представленных материалов (включая копии и подлинные материалы первоначального производства), оценки их в совокупности и принятие новых решений либо подтверждение ранее принятых[1].

---

[1] См.: *Кальницкий В.В., Ефремова Н.П.* Восстановление утраченных уголовных дел. М.: Спарк, 2000. С. 25.

Данное общее условия расследования, по сути, является особым производством (досудебным и судебным)[1]. Оно имеет специальный предмет доказывания — утраченное дело и специальную цель — восстановление материалов.

В комм. статье под уголовным делом понимается совокупность составляющих его документов. Эти документы могут быть утрачены в силу различных причин, как объективного характера (не зависящих от воли человека, например, пожар и т.д.), так и субъективного характера (деяния лиц, например, потеря, хищение др.).

Закон различает полную и частичную утрату уголовного дела (части его материалов).

2. Пределы восстановления дела определяются условиями, вытекающими из принципов недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же (non bis in idem) и презумпцией невиновности (о них см. комм. к ст. 405 и 14). В частности, из них следует:

1) невозможность возбуждения нового дела и проведения нового расследования вместо утраченного, если дело уже было разрешено по существу. В этом случае итоговое решение должно быть отменено в соответствующих процессуальных формах. В досудебных стадиях — прокурором (ст. 214), в судебных — судом в апелляционном, кассационном, надзорном порядке или в порядке возобновления дел;

2) отмена и изменение судебных решений по утраченному делу допускается только судом в соответствующих процессуальных формах;

3) сомнения по поводу невосстановленных материалов дела толкуются в пользу обвиняемого.

3. Часть 1 комм. статьи регламентирует начало производства по восстановлению утраченного дела.

Об утрате уголовного дела следователь (дознаватель) должен без промедления поставить в известность прокурора (рапортом, ходатайством). Прокурор выносит мотивированное постановление, в котором определяет, какие материалы подлежат восстановлению. Если расследование было уже закончено с обвинительным заключением или обвинительным актом, прекращено или приостановлено, то прокурор соответственно возвращает дело на дополнительное следствие или дознание (ст. 221, 226 УПК), возобновляет прекращенное или приостановленное дело. При этом прокурор устанавливает срок дополнительного следствия или дознания по общим правилам.

Виновные в утрате уголовного дела или материалов привлекаются к ответственности. По факту утраты уголовного дела, при наличии признаков преступления, может быть возбуждено отдельное уголовное дело.

В случае утраты уголовного дела или материалов в ходе судебного производства суд выносит решение о восстановлении дела и направляет его прокурору для исполнения. При этом закон оставляет без ответа ряд существенных вопросов: за кем остается числиться уголовное дело — за судом или прокурором; каков срок производства по восстановлению дела; могут ли быть получены новые доказательства по делу и может ли быть изменено ранее предъявленное обвинение. С учетом изложенных

---

[1] Восстановительное производство ранее было предусмотрено Инструкцией о порядке восстановления утерянных, уничтоженных или похищенных производств по судебным делам, утв. циркуляром Наркомата юстиции РСФСР от 06.01.25 г. // Сб. циркуляров Наркомюста РСФСР за 1922—1925 гг. М., 1926. С. 146—148.

выше условий для восстановления дела, представляется, что восстановление дела по решению суда — это аналог дополнительного расследования. Поэтому оно допускается при соблюдении условий состязательности процесса: в пределах предъявленного ранее обвинения. Суд не может быть инициатором обвинительной деятельности[1]. Представляется правильным для этого случая использовать аналогию установления прокурором срока дополнительного расследования (об этом см. комм. к ст. 162).

4. Способами восстановления дела являются:

1) получение сохранившихся копий и подлинников материалов дела, их техническая реставрация. В частности, копии могут находиться: в наблюдательном производстве прокуратуры, в материалах судебного контроля за законностью действий органов предварительного следствия и дознания, у сторон (например, в адвокатском «досье»);

2) производство процессуальных действий. При этом некоторые следственные действия могут быть проведены заново (повторные допросы). Содержание других «неповторимых» следственных действий может быть восстановлено путем допроса его участников (например, допроса понятых о проведенном обыске, протокол которого утрачен). Повторное проведение иных процессуальных действий (помимо следственных) является, по существу, повторным (дополнительным) расследованием и потому допускается в ограниченных пределах при утрате уголовного дела в суде.

Важно иметь в виду, что восстановленные любым способом материалы лишь могут быть признаны доказательствами (ч. 2 ст. 158[1]), т.е. подлежат всесторонней проверке и оценке на общих основаниях.

При этом в условиях действия принципа состязательности имеет значение наличие или отсутствие спора сторон о содержании восстанавливаемых документов.

5. Процессуальные сроки при восстановлении дел исчисляются в общем порядке, т.е. не текут заново (см. комм. к ст. 109, 162, 223). Это означает, что расследование продолжается в соответствии со своим обычным сроком, с возможностью дополнительного расследования, возобновления прекращенного или приостановленного дела.

6. Предельный срок содержания под стражей составляет 6 месяцев по преступлениям небольшой или средней тяжести, 12 месяцев по тяжким преступлениям и 18 месяцев по особо тяжким преступлениям (ст. 109). Представляется, что в силу прямого указания закона (ч. 3 ст. 158[1]) эти же сроки действуют и при восстановлении дел по судебному решению, а правила ст. 255 не должны применяться.

О процедуре освобождения обвиняемого, содержащегося под стражей, в связи с истечением срока см. комм. к ч. 4 ст. 109.

СТАТЬЯ 159
ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ РАССМОТРЕНИЯ ХОДАТАЙСТВА

1. Следователь, дознаватель обязан рассмотреть каждое заявленное по уголовному делу ходатайство в порядке, установленном главой 15 настоящего Кодекса.

2. При этом подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экс-

[1] См. Постановление КС РФ от 20.04.99 г. № 7-П.

пертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела.

3. В случае полного или частичного отказа в удовлетворении ходатайства следователь, дознаватель выносит постановление.

4. Постановление об отказе в удовлетворении ходатайства может быть обжаловано в порядке, установленном главой 16 настоящего Кодекса.

1. О правилах заявления, рассмотрения и разрешения ходатайств см. комм. к ст. 119—122.

2. Комм. статья устанавливает две специальных нормы, которые должны иметь приоритет перед общими правилами заявления и разрешения ходатайств:

а) обязанность рассмотреть *каждое* ходатайство означает, что заявить ходатайство имеют любые заинтересованные лица, а не только те, что указаны в ст. 119 УПК;

б) орган расследования обязан удовлетворить ходатайство сторон о производстве следственных действий, если полученные доказательства будут обладать свойством *относимости* (о нем см. комм. к ч. 1 ст. 74). Другими словами, для отказа в удовлетворении ходатайства о производстве следственных действий предусмотрено только одно основание — отсутствие относимости сведений, которые могут быть получены в результате этих следственных действий. При этом отсутствие относимости должно быть установлено без сомнений.

Ни достаточность доказательств, ни недостоверность получаемых доказательств по буквальному толкованию данной нормы не являются основанием для отказа в удовлетворении ходатайства. Однако в некоторых случаях это требование чрезмерно (например, весь зрительный зал видел на сцене хулиганские действия обвиняемого, защита просит допросить всех очевидцев). Поэтому при толковании комм. нормы следует учитывать, что обстоятельства должны не просто «иметь значение для дела», а быть либо новыми, либо недостаточно установленными.

Как отмечает Конституционный Суд РФ, при рассмотрении ходатайства обязательно исследуются и оцениваются все приводимые в нем доводы. Отказ в удовлетворении ходатайства должен быть мотивирован путем указания на конкретные, достаточные с точки зрения принципа разумности основания, по которым эти доводы отвергаются рассматривающим соответствующее обращение органом или должностным лицом[1].

3. Часть 3 комм. статьи страдает неполнотой по сравнению с аналогичным правилом ст. 122 УПК. В данном случае должно применяться последнее, т.е. постановление должно быть вынесено и при удовлетворении ходатайства.

4. Факт заявления ходатайства в ходе предварительного расследования может иметь особое значение в судебном производстве. Это относится к вызову свидетеля для установления алиби обвиняемого (см. комм. к ч. 6 ст. 234).

---

[1] См. Определение КС РФ от 25.01.2005 г. № 42-О.

СТАТЬЯ 160
МЕРЫ ПОПЕЧЕНИЯ О ДЕТЯХ, ОБ ИЖДИВЕНЦАХ ПОДОЗРЕВАЕМОГО ИЛИ ОБВИНЯЕМОГО И МЕРЫ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ СОХРАННОСТИ ЕГО ИМУЩЕСТВА

1. Если у подозреваемого или обвиняемого, задержанного или заключенного под стражу, остались без присмотра и помощи несовершеннолетние дети, другие иждивенцы, а также престарелые родители, нуждающиеся в постороннем уходе, то следователь, дознаватель принимает меры по их передаче на попечение близких родственников, родственников или других лиц либо помещению в соответствующие детские или социальные учреждения.

2. Следователь, дознаватель принимает меры по обеспечению сохранности имущества и жилища подозреваемого или обвиняемого, задержанного или заключенного под стражу.

3. О принятых мерах следователь или дознаватель уведомляет подозреваемого или обвиняемого.

1. Предусмотренные комм. статьей меры осуществляются не только следователем и дознавателем, но и прокурором, органом дознания. Аналогичные меры могут применяться и при избрании домашнего ареста не по месту жительства арестованного, и на время привода.

Принятие данных мер является обязанностью органов расследования.

При применении норм ст. 160 УПК необходимо учитывать гражданское, трудовое законодательство и иные нормативные акты.

2. При задержании подозреваемого, избрании и применении заключения под стражу, помещении в психиатрический стационар подозреваемого или обвиняемого органы расследования обязаны установить наличие у него иждивенцев (нетрудоспособных членов семьи, находящихся на его полном содержании или получающих от него помощь, которая является для них постоянным и основным источником средств к существованию — ст. 179 *ТК*), престарелых родителей, нуждающихся в постороннем уходе, которые остаются без присмотра и помощи.

Если такие лица установлены, то принимаются меры по передаче их на попечение совершеннолетним, дееспособным гражданам, заслуживающим доверия. Для этого необходимо получить согласие временных попечителей, учесть желание самого обвиняемого, подозреваемого и самих подопечных.

Попечение — это кратковременная мера, заключающаяся в присмотре и заботе за указанными лицами, в отличие от попечительства по ст. 31, 33 *ГК*.

Передача на попечение другим лицам должна осуществляться при участии органа опеки и попечительства (ст. 34 *ГК*). Согласно ч. 1 ст. 35 *ГК* на сам орган опеки и попечительства временно могут быть возложены обязанности по присмотру и заботе за подопечными.

Помещение подопечных в детские или социальные учреждения производится в порядке, предусмотренном соответствующими нормативными актами[1].

---

[1] См.: Закон РФ от 10.07.92 г. «Об образовании»; ФЗ от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»; ФЗ от 02.08.95 г.

Так, если родители несовершеннолетнего задержаны, заключены под стражу, то на основании постановления дознавателя или следователя их дети могут быть помещены в специализированные учреждения для несовершеннолетних, нуждающихся в социальной реабилитации: социально-реабилитационные центры, приюты, центры помощи детям, оставшимся без попечения родителей (п. 4 ч. 3 ст. 13 ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» в ред. от 07.07.2003 г.)

При содержании под стражей женщины она может иметь при себе детей в возрасте до 3 лет (ст. 30 ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

3. Если при применении мер принуждения остается без присмотра имущество, жилище обвиняемого (подозреваемого), то должны быть приняты меры по его сохранности.

Оно может быть вверено родственникам или иным заслуживающим доверие лицам по указанию самого обвиняемого (подозреваемого). При отсутствии таких лиц сохранность жилища может быть поручена жилищно-эксплуатационной организации, имущество может быть передано на хранение в порядке ст. 115 УПК (по аналогии с арестованным имуществом).

Орган расследования имеет право заключить договор с частным лицом или со специализированной организацией по охране ими имущества, жилища (например, частного дома). Расходы по этому договору могут быть отнесены к процессуальным издержкам (см. комм. к ст. 131).

4. Решение о принятых мерах по передаче подопечных, по сохранности имущества целесообразно оформить мотивированным постановлением (особенно при возражениях обвиняемого или подозреваемого).

5. Неисполнение указанных в комм. статье обязанностей может повлечь гражданско-правовую ответственность (ч. 2 ст. 1070 *ГК*).

СТАТЬЯ 161
НЕДОПУСТИМОСТЬ РАЗГЛАШЕНИЯ ДАННЫХ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Данные предварительного расследования не подлежат разглашению, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи.

2. Прокурор, следователь или дознаватель предупреждает участников уголовного судопроизводства о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения ставших им известными данных предварительного расследования, о чем у них берется подписка с предупреждением об ответственности в соответствии со статьей 310 Уголовного кодекса Российской Федерации.

3. Данные предварительного расследования могут быть преданы гласности лишь с разрешения прокурора, следователя, дознавателя и только в том объеме,

---

«О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» в ред. от 22.08.2004 г.; постановление Минтруда и социального развития РФ от 12.05.2003 г. № 25 «Об утверждении методических рекомендаций по организации деятельности государственных и муниципальных учреждений социального обслуживания «Дом-интернат малой вместимости для граждан пожилого возраста и инвалидов»; постановление Правительства РФ от 15.04.95 г. № 338 «О развитии сети специальных домов-интернатов для престарелых и инвалидов».

в каком ими будет признано это допустимым, если разглашение не противоречит интересам предварительного расследования и не связано с нарушением прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства. Разглашение данных о частной жизни участников уголовного судопроизводства без их согласия не допускается.

1. Комм. статья предусматривает такое общее условие расследования, как его тайность. Оно является необходимым ограничением гласности в целях наиболее эффективного достижения на этой стадии процесса общественных и частных интересов.

Недопустимость разглашения данных расследования обеспечивает:

а) раскрытие преступления;

б) охраняемые законом тайны (личную, семейную, профессиональную, коммерческую);

в) защиту чести и деловой репутации обвиняемого, других физических и юридических лиц;

г) безопасность участников уголовного процесса (свидетелей, потерпевших).

2. Основным средством обеспечения неразглашения данных предварительного расследования является отобрание соответствующей подписки (приложение 50 к ст. 476 УПК), которая подтверждает разъяснение обязанности и определяет объем данных, не подлежащих разглашению. Поэтому при отказе подписи применяются правила ст. 167 УПК (удостоверение отказа от подписи). Отказ дать подписку не освобождает лиц от ответственности.

В некоторых случаях отказ дать подписку является основанием для отвода участника процесса (ч. 5 ст. 49).

Обязанность не разглашать данные предварительного расследования прямо предусмотрена УПК для потерпевшего (п. 3 ч. 5 ст. 42), гражданского истца (ч. 6 ст. 44), защитника (ч. 2 ст. 53), гражданского ответчика (п. 2 ч. 3 ст. 54), свидетеля (п. 3 ч. 6 ст. 56), эксперта (п. 5 ч. 4 ст. 57), специалиста (ч. 4 ст. 58), переводчика (п. 2 ч. 4 ст. 59), понятого (ч. 4 ст. 60). Однако представляется возможным взять подписку и от других участников процесса (подозреваемого, обвиняемого, залогодателя, поручителя).

Тайна предварительного расследования по общему правилу не может ограничивать *процессуальные* права участников процесса на ознакомление с материалами дела, на юридическую помощь (поэтому сообщение свидетелем своему адвокату сведений об обстоятельствах дела не является разглашением). В специально предусмотренных случаях об обстоятельствах дела обязательно ставятся в известность третьи лица (обязательное уведомление родственников несовершеннолетнего задержанного — ч. 4 ст. 96 УПК; уведомление о месте содержания под стражей родственников, командования воинской части, дипломатического представительства — ч. 12 ст. 108).

3. Данное общее условие расследования кроме подписки о неразглашении обеспечивается и другими дополнительными процессуальными мерами: засекречивание данных о личности свидетеля, потерпевшего (ч. 9 ст. 166); мерами неразглашения частных данных, принимаемыми при обыске (ч. 7 ст. 182); мерами по неразглашению данных государственной тайны, содержащихся в материалах дела (ч. 2 ст. 217).

Для неразглашения данных расследования используются и непроцессуальные меры (режим хранения уголовных дел; оформление допуска для лиц, ведущих расследование; оперативно-розыскные меры).

4. Часть 3 комм. статьи предусматривает порядок и пределы предания гласности данных предварительного расследования. Для этого предусмотрено соблюдение следующих условий:

1) разрешение прокурора, следователя или дознавателя на распространение ими определенного объема данных;

2) этим не может быть причинен ущерб интересам расследования;

3) этим не могут быть нарушены права и законные интересы участников процесса;

4) письменное согласие граждан на распространение информации об их частной жизни. Обязательность такого согласия предусмотрена ч. 1 ст. 24 Конституции РФ и является гарантией неприкосновенности частной жизни (ст. 23 Конституции РФ).

5. В свете состязательности процесса и принципа равенства сторон в понятие тайны предварительного расследования следует, на наш взгляд, включать и положения закона, касающиеся *адвокатской тайны*. Согласно ст. 8 ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», адвокатской тайной считаются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Так, адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Проведение оперативно-розыскных мероприятий (а в случаях, предусмотренных законом, — и ряда следственных действий в отношении адвоката), в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности, допускается только на основании судебного решения. Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей (за исключением орудий преступления, а также предметов, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен).

В то же время адвокат и защитник вправе по своему ходатайству давать показания в интересах своего подзащитного, например по факту фальсификации материалов дела следователем[1].

ГЛАВА 22. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ СЛЕДСТВИЕ

СТАТЬЯ 162
СРОК ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. Предварительное следствие по уголовному делу должно быть закончено в срок, не превышающий 2 месяцев со дня возбуждения уголовного дела.

2. В срок предварительного следствия включается время со дня возбуждения уголовного дела и до дня его направления прокурору с обвинительным заключением или постановлением о передаче уголовного дела в суд для рассмотрения вопроса о применении принудительных мер медицинского характера либо до дня вынесения постановления о прекращении производства по уголовному делу.

---

[1] См. Определение КС РФ от 06.03.2003 г. № 108-О // РГ. 27.05.2003.

3. В срок предварительного следствия не включается время, в течение которого предварительное следствие было приостановлено по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом.

4. Срок предварительного следствия, предусмотренный частью первой настоящей статьи, может быть продлен до 6 месяцев прокурором района, города и приравненным к нему военным прокурором и их заместителями.

5. По уголовному делу, расследование которого представляет особую сложность, срок предварительного следствия может быть продлен прокурором субъекта Российской Федерации и приравненным к нему военным прокурором, а также их заместителями до 12 месяцев. Дальнейшее продление срока предварительного следствия может быть произведено только в исключительных случаях Генеральным прокурором Российской Федерации или его заместителями.

6. В случае возвращения прокурором уголовного дела для производства дополнительного следствия, а также при возобновлении приостановленного или прекращенного уголовного дела срок дополнительного следствия, установленный прокурором, не может превышать одного месяца со дня поступления данного уголовного дела к следователю. Дальнейшее продление срока предварительного следствия производится на общих основаниях в порядке, установленном настоящей статьей.

7. В случае необходимости продления срока предварительного следствия следователь выносит соответствующее постановление и представляет его прокурору не позднее 5 суток до дня истечения срока предварительного следствия.

8. Следователь в письменном виде уведомляет обвиняемого и его защитника, а также потерпевшего и его представителя о продлении срока предварительного следствия.

1. В главе 22 УПК предусмотрены общие условия для предварительного следствия как формы предварительного расследования. Однако ряд ее норм относится и к дознанию см. комм. к ст. 223.

2. О понятии предварительного следствия см. комм. к ст. 150.

3. Срок предварительного следствия является важным его условием. Он обеспечивает: а) контроль за ходом следствия (в т.ч. со стороны потерпевшего и обвиняемого); б) международно-правовой принцип на доступ к правосудию без неоправданной задержки (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах); в) максимальное сокращение времени между наказанием и преступлением как условие эффективности наказания; г) время действия многих мер процессуального принуждения (см. комм. к ст. 97).

Срок предварительного следствия необходимо отличать от срока содержания под стражей (ст. 109), срока дознания (ст. 223).

4. По общему правилу срок следствия составляет 2 месяца. При этом при наличии возможности следствие должно быть закончено как можно раньше, не дожидаясь истечения этого срока.

5. Началом исчисления срока предварительного следствия является день возбуждения уголовного дела. Это тот день, когда было вынесено постановление о возбуждении дела вне зависимости от времени получения на это согласия прокурора (см. комм. к ст. 146). Согласно ст. 128 УПК текущие сутки при исчислении срока следствия не учитываются, поэтому он начинает течь с начала следующих суток (см. комм. к ст. 128).

Для начала исчисления срока неважно, какой орган возбудил уголовное дело. Поэтому в срок следствия входит время выполнения неотложных следственных действий органом дознания (ст. 157), а также время проведенного дознания (ст. 223) при направлении дела для производства следствия (п. 4 ч. 1 ст. 226).

Окончание срока следствия происходит в день:

1) направления уголовного дела прокурору (с обвинительным заключением — ч. 6 ст. 220 или с постановлением о передаче дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера — п. 2 ч. 1 ст. 439). Сроки дальнейшей деятельности прокурора установлены отдельно (5 или 2 суток — ч. 1 ст. 221, ч. 1 ст. 226).

В отличие от срока следствия, срок дознания оканчивается в день составления обвинительного акта, а время ознакомления сторон с материалами дела в срок дознания не входит;

2) вынесения постановления о прекращении дела и уголовного преследования (ст. 213, п. 1 ч. 1 ст. 439).

О правилах истечения срока следствия см. комм. к ст. 128.

6. Комм. статья допускает только один перерыв в течении срока следствия — время приостановления дела в связи с невозможностью участия в деле подозреваемого или обвиняемого, когда его место нахождения известно (п. 3 ч. 1 ст. 208) или когда он заболел (п. 4 ч. 1 ст. 208).

В срок следствия включается все время ознакомления участников процесса с материалами оконченного предварительного следствия (ст. 216, 217) и предшествовавшего ему дознания (ч. 2 и 3 ст. 225).

Об исчислении срока при соединении и выделении дел см. комм. к ст. 153, 154.

7. Общий двухмесячный срок следствия может быть продлен в порядке ч. 4, 5 и 7 комм. статьи в три этапа:

1) до 6 месяцев (еще на 4 месяца) — прокурорами и их заместителями районного уровня. Кодекс не предусматривает оснований для первого продления срока. Однако учитывая официальное толкование Конституции РФ и международно-правовых актов, данное в Постановлении КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П, и смысл данной процессуальной нормы, следует признать, что для продления сроков следствия необходимы основания. Ими являются такие обстоятельства расследования, которые не позволяют закончить его за 2 месяца. Это должно быть вызвано особенностями дела (большим количеством эпизодов, соучастников и др.), а не особенностями следователя (отпуск, болезнь, занятость другими делами). Срок не должен продлеваться сразу до 6 месяцев, если нехватка времени возникла по вине следователя;

2) до 12 месяцев — прокурорами и их заместителями уровня субъекта РФ. Основанием продления является особая сложность расследования (в силу необходимости: производства значительного количества следственных действий, выезда в другую местность, направления запроса о правовой помощи иностранного государства, помещения обвиняемого в медицинский стационар для проведения экспертизы и др.);

3) дальнейшее продление срока следствия возможно в исключительных случаях Генеральным прокурором РФ или его заместителем. Верхний предел срока следствия ограничен сроком давности привлечения к уголовной ответственности (ст. 78 *УК*).

Продление срока допускается для *продолжения* следствия, т.е. следователь до продления срока вел конкретную работу и есть необходимость и возможность для

совершения в будущем процессуальных действий (ознакомление участников процесса с делом, собирание дополнительных доказательств).

Такой механизм продления срока признан соответствующим Конституции РФ, поскольку он ограничивает произвольные и безосновательные решения. При этом особая роль принадлежит праву их судебного обжалования[1].

8. При возвращении уголовного дела на дополнительное следствие прокурором (п. 3 ч. 1 ст. 221 УПК), а также, как нам представляется, и судом в порядке ч. 1 ст. 446, при возобновлении приостановленного или прекращенного дела надзирающий прокурор устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца. Началом исчисления этого срока является день поступления его к следователю. Дальнейшее продление срока возможно на общих основаниях.

Указанный механизм получения дополнительного месячного срока на практике иногда используется с помощью искусственного приостановления дела (без достаточной доказанности для этого оснований, например, якобы болезни обвиняемого). Эти противоправные действия должны влечь за собой ответственность вплоть до уголовной.

9. Часть 7 комм. статьи предусматривает порядок получения решения прокурора на продление срока. Следователь выносит мотивированное постановление (ч. 4 ст. 7) и представляет его прокурору не позднее 5 суток до дня истечения срока. Прокурор свое решение выражает в виде заверенной надписи на этом постановлении.

Подробные процедуры продления сроков устанавливаются инструкциями Генеральной прокуратуры РФ. Так, постановление следователя о продлении срока следствия свыше 12 месяцев представляется в Генеральную прокуратуру не позднее 30 суток до его истечения (п. 7.2 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 05.07.2002 г. № 39).

10. О продлении срока следователь письменно уведомляет обвиняемого, его защитника, потерпевшего и его представителя. Это правило нуждается в расширительном толковании. В уведомлении нуждаются все заинтересованные лица (стороны): гражданский истец, ответчик, их представители. Уведомление о продлении срока обеспечивает право обжалования данного решения прокурора в порядке ст. 123—125 УПК.

В целях обеспечения права на судебное обжалование заинтересованные лица вправе ознакомиться с постановлением о продлении срока и с лежащими в его основе доказательствами[2].

11. Последствия отказа прокурора в продлении срока следствия или удовлетворения судом жалобы на необоснованность продления могут быть следующие: а) направление дела в суд (если для этого есть условия) или б) прекращение дела (в связи с непричастностью лиц к совершению преступления, отсутствием состава преступления).

СТАТЬЯ 163
ПРОИЗВОДСТВО ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ СЛЕДСТВЕННОЙ ГРУППОЙ

1. Производство предварительного следствия по уголовному делу в случае его сложности или большого объема может быть поручено следственной группе,

---

[1] См. Постановление КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

[2] См. Определение КС РФ от 18.12.2003 г. № 429-О.

о чем выносится отдельное постановление или указывается в постановлении о возбуждении уголовного дела.

2. Решение о производстве предварительного следствия следственной группой, об изменении ее состава принимает прокурор либо начальник следственного отдела. В постановлении должны быть перечислены все следователи, которым поручено производство предварительного следствия, в том числе указывается, какой следователь назначается руководителем следственной группы. К работе следственной группы могут быть привлечены должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Состав следственной группы объявляется подозреваемому, обвиняемому.

3. Руководитель следственной группы принимает уголовное дело к своему производству, организует работу следственной группы, руководит действиями других следователей, составляет обвинительное заключение либо выносит постановление о направлении уголовного дела в суд для рассмотрения вопроса о применении принудительных мер медицинского характера к лицу, совершившему преступление, и направляет данное постановление вместе с уголовным делом прокурору.

4. Руководитель следственной группы принимает решения о:

1) выделении уголовных дел в отдельное производство в порядке, установленном статьями 153—155 настоящего Кодекса;

2) прекращении уголовного дела полностью или частично;

3) приостановлении или возобновлении производства по уголовному делу;

4) привлечении лица в качестве обвиняемого и об объеме предъявляемого ему обвинения;

5) направлении обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3 части второй статьи 29 настоящего Кодекса;

6) возбуждении перед прокурором ходатайства о продлении срока предварительного следствия;

7) возбуждении перед судом ходатайства об избрании меры пресечения, а также о производстве следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных частью второй статьи 29 настоящего Кодекса.

5. Руководитель и члены следственной группы вправе участвовать в следственных действиях, производимых другими следователями, лично производить следственные действия и принимать решения по уголовному делу в порядке, установленном настоящим Кодексом.

1. Основанием для создания следственной группы (СГ) является сложность или большой объем расследования (значительное количество эпизодов, участников совершения преступления, количество пострадавших, обширная территория преступной деятельности, необходимость проверки значительного количества версий, производство трудоемких следственных действий и др.).

2. Решение о создании СГ принимает прокурор или начальник следственного отдела, о чем выносится либо отдельное постановление (приложение 19 к ст. 476 УПК), либо указывается в постановлении о возбуждении дела (приложение 18 к ст. 476).

В этих постановлениях должны быть указаны фамилии всех участников СГ и руководителя СГ. Персональный состав участников СГ определяется начальником следственного отдела, а если это следователи прокуратуры, то прокурором. Определение и изменение состава СГ отнесено к компетенции начальника следственного отдела (п. 1 ч. 1 ст. 39).

3. К работе СГ могут быть привлечены должностные лица органа дознания, осуществляющего ОРД. В действительности это означает создание уже *следственно-оперативной группы* (широко известной на практике и предусмотренной ведомственными нормативными актами[1]).

Официальный бланк соответствующего постановления (приложение № 19 к ст. 476) предусматривает указание в нем звания, фамилии и инициалов должностного лица органа дознания — оперативного сотрудника (согласно ч. 1 ст. 13 ФЗ от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности» правом проведения ОРД наделены только *оперативные* подразделения соответствующих органов).

Оперативные сотрудники (даже находясь в составе СГ) не имеют права производить процессуальные действия. Косвенный запрет на это вытекает из ч. 2 ст. 40 УПК. Эти лица занимаются оперативным сопровождением уголовного дела, т.е. осуществляют ОРД.

4. В практике выделились следующие виды следственных и следственно-оперативных групп:

— по целям — «дежурная» СГ для осмотра места происшествия, раскрытия преступления «по горячим следам»; следственные бригады или межрегиональные СГ для расследования сложных и трудоемких дел, а также преступлений прошлых лет;

— по составу — СГ, включающая в себя следователей одного или различных ведомств, оперативных работников одного или различных органов дознания;

— по времени действия — постоянно действующая (обычно специализированная на расследовании определенных категорий преступлений) либо временная СГ.

5. Состав СГ объявляется подозреваемому и обвиняемому, им разъясняется право заявить отвод любому участнику СГ. Представляется, что это правило нуждается в расширительном толковании. Состав СГ должен быть объявлен тем участникам процесса (по их ходатайству), которые имеют право заявить отвод. Согласно ч. 2 ст. 62 УПК, кроме подозреваемого и обвиняемого, — это и их законные представители, защитник, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители.

Указанным лицам должны объявляться и изменения в составе СГ. Об этих объявлениях целесообразно составлять протокол или делать отметки на постановлении.

6. Руководитель СГ принимает дело к своему производству, организует ее работу, направляет деятельность следователей и принимает важнейшие решения по делу. В частях 3—4 комм. статьи перечислены исключительные полномочия руководителя СГ, которые никто из других ее участников осуществлять не вправе.

Кроме того, их сопоставление с гарантиями процессуальной самостоятельности следователя позволяет прийти к выводу, что руководитель СГ должен давать согласие на изменение состава СГ (следователь вправе не исполнять решения прокурора об отводе следователя или его отстранении от дальнейшего ведения следствия — п. 7 ч. 3 ст. 38).

---

[1] См., например, п. 14.2—14.3 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции. Утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900 // РГ. 27.11.2002.

Представляется, что руководитель СГ должен принимать решения и об избрании мер пресечения (п. 4 ч. 3 ст. 38).

7. При разрешении разногласий между участниками СГ, между участником СГ и ее руководителем представляется возможным применять аналогию норм ст. 39 УПК, т.к. начальник СГ — это начальник «маленького» следственного отдела.

СТАТЬЯ 164
ОБЩИЕ ПРАВИЛА ПРОИЗВОДСТВА СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

1. Следственные действия, предусмотренные статьями 178 частью третьей, 179, 182 и 183 настоящего Кодекса, производятся на основании постановления следователя.

2. В случаях, предусмотренных пунктами 4—9 и 11 части второй статьи 29 настоящего Кодекса, следственные действия производятся на основании судебного решения.

3. Производство следственного действия в ночное время не допускается, за исключением случаев, не терпящих отлагательства.

4. При производстве следственных действий недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создание опасности для жизни и здоровья участвующих в них лиц.

5. Следователь, привлекая к участию в следственных действиях участников уголовного судопроизводства, указанных в главах 6—8 настоящего Кодекса, удостоверяется в их личности, разъясняет им права, ответственность, а также порядок производства соответствующего следственного действия. 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.

6. При производстве следственных действий могут применяться технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств.

7. Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, о чем делается соответствующая отметка в протоколе.

8. В ходе производства следственного действия ведется протокол в соответствии со статьей 166 настоящего Кодекса.

1. Следственными действиями считаются такие способы собирания доказательств, которые детально регламентированы законом и обеспечены принуждением. Часть процессуальных действий (п. 32 ст. 5 УПК) называются следственными не потому, что производятся следователем, а потому, что направлены на выявление «следов».

Следственные действия производятся и в судебном производстве (гл. 37 УПК, например, Кодекс для судебного производства иногда прямо использует термин «следственное действие» — п. 1 ч. 1 ст. 333). Однако в судебных стадиях действуют несколько иные общие условия их производства (см. комм. к ст. 240—260).

В некоторых случаях термин «следственные действия» нуждается в расширительном толковании (см., например, комм. к ст. 157).

2. Общие правила производства следственных действий — это уголовно-процессуальные нормы, регламентирующие каждое следственное действие. В комм. статье содержится открытый перечень общих правил производства следственных действий. Дополнительно к нему следует отнести:

1) общее основание для производства следственных действий — наличие сведений о том, что необходимо получить доказательства определенного вида с помощью именно этих действий;

2) общие условия производства следственных действий: а) наличие возбужденного уголовного дела (за исключением осмотра места происшествия, при производстве которого принуждение минимально. — Об иных исключениях см. комм. к ст. 146); б) надлежащий субъект, не подлежащий отводу и принявший дело к своему производству; в) отсутствие служебного иммунитета (см. комм. к ст. 3, 450);

3) запрет наводящих вопросов предусмотрен для некоторых следственных действий в ч. 2 ст. 189, ч. 7 ст. 193, ч. 2 ст. 194, ч. 1 ст. 275. Однако это общее правило. Наводящим считается вопрос, в котором содержится ответ (а не синий ли был костюм). С точки зрения принципа состязательности наводящие вопросы допускаются только в перекрестном допросе свидетеля противоположной стороны;

4) запрет действий, унижающих честь и достоинство (ст. 9); напрасно повреждающих имущество (ч. 6 ст. 182); разглашающих сведения из частной жизни (ч. 3 ст. 161, ч. 7 ст. 182);

5) место производства следственных действий (см. комм. к ст. 152, 157);

6) обязательное участие, обеспечение права на участие и права в производстве следственных действий специалиста, понятых, переводчика, защитника, сторон и их представителей (см. комм. к ст. 42—54, 168—170).

Нарушения процессуальных норм об основаниях, условиях и правилах производства следственных действий влекут применение санкций. Для участников процесса это могут быть меры принуждения, штраф или даже уголовная ответственность. Для субъектов процесса в качестве основной санкции выступает утрата доказательственного значения результатов следственного действия — санкция ничтожности (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 7, ст. 75 УПК).

3. На основании постановления следователя производятся те следственные действия, которые необходимо зафиксировать письменно для последующего контроля за обоснованностью применения принуждения (эксгумация, освидетельствование, обыск, выемка); а для экспертизы (ч. 1 ст. 195 УПК) — еще и для исполнения задания экспертом.

В некоторых случаях УПК дополнительно предусматривает получение санкции прокурора для выемки предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую ФЗ тайну (ч. 3 ст. 183). В отличие от УПК РСФСР, новый УПК не предусматривает получение санкции на обыск, который производится не в жилище (ч. 2 ст. 182). Это следует признать «технической» ошибкой законодателя, не подлежащей применению. Иначе теряется всякий смысл получения санкции прокурора на выемку, ведь можно произвести более принудительный обыск без всякой санкции. Поэтому принудительное изъятие (не только при выемке, но и при обыске) документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях, нуждается, по нашему мнению, в судебном разрешении, а любых документов, содержащих охраняемую ФЗ тайну, — в санкции прокурора.

4. Следственные действия, ограничивающие конституционные права граждан, производятся на основании судебного решения в порядке ст. 165 УПК. При толковании данной нормы следует учесть:

1) перечень этих действий в ч. 2 ст. 29 УПК не исчерпывающий. На основании судебного решения производится эксгумация против воли родственников покойного (ч. 3 ст. 178);

2) ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» устанавливает требование, чтобы только по судебному решению проводились любые следственные действия в отношении адвоката, в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых для адвокатской деятельности (ч. 3 ст. 8). Несмотря на противоречие этого требования ст. 450 УПК, в которой подобная гарантия не предусмотрена, Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре в данном случае пользуется приоритетом, поскольку он специально предназначен для регулирования адвокатских отношений[1].

5. Ночным считается время с 22 до 6 часов по местному времени (п. 21 ст. 5 УПК). О понятии неотложной ситуации см. комм. к ст. 157.

6. В части 4 комм. статьи запрещены *незаконные* меры. Угроза уголовной ответственностью в некоторых случаях — обязательное условие допустимости полученных показаний. Опасность для жизни и здоровья запрещено *создавать*, т.е. ее до этого не было. Наличие уже существующей опасности не всегда препятствует производству следственных действий (см. ч. 3 ст. 170).

7. Некоторые участники следственных действий являются обязательными (см., например, ст. 51), другие привлекаются следователем факультативно, по своему усмотрению. Однако следователь обязан обеспечить право сторон на их участие в следственных действиях, проводимых по их ходатайству (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 10 ч. 4 ст. 44, п. 9 ч. 2 ст. 46, п. 10 ч. 4 ст. 47, п. 5 ч. 1 ст. 53).

Удостоверение в личности возможно не только по документам. Оно может быть осуществлено путем опознания, со слов или даже визуально (если следователь уже знаком с данным участником процесса).

Эксперт и переводчик предупреждаются об ответственности только по ст. 307 *УК*.

8. О применении технических средств заранее предупреждаются участники следственного действия, сведения об этом и о технических средствах, об объектах и результатах применения заносятся в протокол (ч. 5 ст. 166 УПК).

Результаты применения технических средств могут иметь юридическое значение:

а) вещественных доказательств (ст. 81 УПК), когда они обнаружены или изъяты с помощью технических средств, например обнаруженная в ультрафиолетовом свете биологическая жидкость;

б) приложения к протоколу следственного действия (ст. 83, 166 УПК), когда технические средства применяются в качестве дополнительного способа фиксации хода и результатов следственного действия, например видеозапись.

9. Привлечение к участию в следственном действии (ч. 7 ст. 164 УПК) следует отличать от получения содействия органа дознания при осуществлении следственных действий (п. 4 ч. 2 ст. 38). Содействие может быть выражено в деятельности

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.11.2005 г. № 439-О.

обширного круга работников дознания для обеспечения: подготовки, организационных условий (оцепление, конвоирование), применения принуждения, безопасности участников следственного действия. Например, содействие оказывается в виде прочесывания местности для *последующего* осмотра обнаруженных следов.

Каждого *содействующего* сотрудника не обязательно указывать в протоколе следственного действия, а каждого *участвующего* — обязательно (п. 3 ч. 3 ст. 166 УПК).

К участию в следственном действии обычно привлекаются оперативные сотрудники, например, для выполнения поисковых действий *во время* обыска, руководства одной из групп при производстве следственного эксперимента.

10. О протоколе следственного действия см. комм. к ст. 166.

СТАТЬЯ 165
СУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК ПОЛУЧЕНИЯ РАЗРЕШЕНИЯ НА ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ

1. Следователь в случаях, предусмотренных пунктами 4—9 и 11 части второй статьи 29 настоящего Кодекса, с согласия прокурора возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, о чем выносится постановление.

2. 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.

3. В судебном заседании вправе участвовать прокурор и следователь.

4. Рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о разрешении производства следственного действия или об отказе в его производстве с указанием мотивов отказа.

5. В исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, личного обыска, а также наложение ареста на имущество, указанное в части первой статьи 104[1] Уголовного кодекса Российской Федерации, не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя без получения судебного решения. В этом случае следователь в течение 24 часов 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 срок, предусмотренный частью второй настоящей статьи, 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 в соответствии со статьей 75 настоящего Кодекса *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 г. № 153-ФЗ)***.**

1. Комм. статья предусматривает процедуру получения судебного решения на производство принудительных следственных действий, ограничивающих конститу-

ционные права граждан. Кроме действий, указанных в ч. 1 комм. статьи, эта процедура используется для: а) эксгумации против воли родственников покойного (ч. 3 ст. 178 УПК); б) наложения ареста на имущество (ч. 1 ст. 115); в) помещения подозреваемого или обвиняемого, не содержащегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар (ч. 2 ст. 203, ч. 2 ст. 435).

По смыслу УПК эта процедура должна использоваться и для обыска в банковских и кредитных учреждениях (п. 7 ч. 2 ст. 29). Иначе вместо усложненной (по судебному решению) выемки в них на практике будут проводить связанный с большим принуждением обыск для изъятия документов, содержащих банковскую тайну, тем более что Кодекс формально даже не требует для этого санкции прокурора (ч. 2 ст. 182).

В отличие от аналогичных процедур судебного контроля в стадии предварительного расследования, предусмотренных ст. 108, 118, 125 УПК, в данной процедуре нет участия заинтересованных лиц. Исключение составляет помещение в медицинский стационар, в процедуре которого УПК формально не предусматривает участия обвиняемого и его представителя (ст. 203 ссылается на ст. 165), однако, по смыслу закона, такое право у обвиняемого есть (п. 16 ч. 4 ст. 47 — в ред. ФЗ от 04.07.2003 г.). Именно такое толкование дано в определениях КС РФ от 18.06.2004 г. № 206-О и от 08.06.2004 г. № 194-О.

Правила комм. статьи могут быть использованы и при производстве дознания (ч. 1 ст. 223), и при выполнении органом дознания неотложных следственных действий (ст. 157). В последнем случае ходатайство не подлежит удовлетворению, если по данному делу производство предварительного следствия не считается обязательным[1].

2. Следователь выносит мотивированное постановление о возбуждении перед судом ходатайства о производстве соответствующего следственного действия (приложения 81, 83, 87, 89 к ст. 476 УПК). При этом, на наш взгляд, основания для производства указанных действий, учитывая особое значение затрагиваемых ими конституционных прав граждан, должны устанавливаться с помощью уголовно-процессуальных доказательств. К ходатайству должны быть приложены подтверждающие его обоснованность материалы уголовного дела или проверки в порядке ст. 144 УПК.

К сожалению, в названных выше приложениях к ст. 476 не содержится прямого указания на необходимость обоснования соответствующего ходатайства следователя, направляемого в суд, соответствующими материалами (доказательствами) — о «материалах» говорится лишь в приложениях 8, 9, 10 к ст. 477, регулирующих содержание постановления судьи. Следует, однако, учитывать, что судья проверяет обоснованность ходатайства следователя в судебном заседании (ч. 3 ст. 165), т.е. в порядке осуществления *правосудия* (п. 50 ст. 5). Это, в частности, означает, что судья должен использовать при принятии решения прежде всего доказательства, ибо по смыслу закона (например, ч. 2 ст. 50 Конституции РФ) правосудие по своей сущности предполагает использование именно доказательств. Судебные органы решают переданные им дела и в соответствии с законом, и на *основе фактов* (п. 2 Основных принципов, касающихся независимости судебных органов, одобренных резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29.11.85 г. и 40/146 от 13.12.85 г.). Но суд может устанавливать факты («обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела») только на основе доказательств (ст. 74 УПК РФ). См. также п. 3 комм. к ст. 182.

---

[1] См. постановление Президиума ВС Республики Татарстан // БВС РФ. 2006. № 1.

Прокурор дает свое согласие на возбуждение ходатайства в виде письменной резолюции на постановлении. Отказ прокурора дать согласие может быть обжалован следователем в порядке ч. 3 ст. 38, ч. 4 ст. 124 УПК.

3. Ходатайство по выбору следователя подается в суд по месту производства следствия или по месту производства следственного действия и рассматривается в судебном заседании в соответствии с ч. 2 ст. 165 УПК.

Суд своим извещением о времени заседания обеспечивает право прокурора и следователя на участие в нем. Их неявка не препятствует рассмотрению ходатайства.

Если следователь возбудил ходатайство по просьбе участника процесса (например, потерпевшего, гражданского истца), то он также имеет право на участие в заседании (см. комм. к ст. 164). Остальные участники процесса могут быть приглашены в заседание по усмотрению следователя или судьи.

По результатам заседания судья выносит мотивированное постановление (приложения 8, 10, 11 к ст. 477 УПК). Решение судьи вступает в силу немедленно.

4. Постановление судьи может быть обжаловано заинтересованными лицами в кассационном порядке (ч. 1 ст. 127, ст. 355).

5. Часть 5 комм. статьи предусматривает процедуру производства неотложных следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, без судебного решения и без предварительного согласия прокурора.

Законом от 27.07.2006 г. № 153-ФЗ перечень этих действий расширен за счет наложения ареста на имущество.

Без судебного решения нельзя произвести: наложение ареста на почтовые и телеграфные отправления и их выемку, контроль и запись телефонных и иных переговоров — ч. 2 ст. 13; эксгумацию без согласия родственников покойного — ч. 3 ст. 178; выемку (и как представляется, обыск) в кредитных организациях — п. 7 ч. 2 ст. 29, а также такую меру принуждения, как помещение в медицинский стационар, — п. 3 ч. 2 ст. 29. Эти действия законодатель не признает настолько неотложными, чтобы не успеть обратиться в суд.

6. Основанием для применения процедуры, предусмотренной ч. 5 ст. 165 УПК, является неотложная ситуация — внезапное возникновение таких обстоятельств, которые дают основания полагать, что промедление с совершением принудительных процессуальных действий может реально повлечь: а) утрату следов преступления, б) сокрытие лиц, его совершивших, в) утрату возможности возмещения ущерба, причиненного преступлением. Об этом см. также комм. к ст. 157.

Решение следователя оформляется мотивированным постановлением (приложение 29^1, 84 к ст. 476 УПК).

При этом следователь (в отличие от судьи, действующего в порядке ч. 2—4 ст. 165) может принимать решения о неотложном проведении указанных следственных действий не только на основе доказательств, но и иных данных, в т.ч. материалов доследственной проверки (см. приложение 84 к ст. 476), результатов непосредственного восприятия им обстоятельств (например, факта отказа проживающих лиц впустить его в жилище для проведения обыска или осмотра, угрозы утраты следов преступления и т.д.).

В течение 24 часов с момента начала производства следственного действия следователь уведомляет об этом судью и прокурора (приложение 85, 85^1 к ст. 476). К уведомлению прилагаются материалы, подтверждающие законность и обоснован-

ность действий следователя (копия постановления, протокол или выписка из него (справка о результатах), если следственное действие еще не закончено).

После получения уведомления прокурор вправе отстранить следователя от дальнейшего расследования, если им было допущено нарушение закона (п. 7 ч. 2 ст. 38).

Суд в порядке, предусмотренном ч. 2—4 ст. 165, в судебном заседании проверяет законность действий следователя. В этом судебном заседании должно обеспечиваться право участия заинтересованных лиц (например, в жилище которых произведен обыск). По результатам заседания судья выносит постановление о законности или незаконности следственного действия (приложение 9 к ст. 477). Установленные нарушения закона влекут ничтожность полученных доказательств и возможную ответственность следователя, вплоть до уголовной.

7. При признании законности следственных действий следует дополнительно учесть два обстоятельства. Следственные действия могут проводиться: а) после применения принудительных административных мер (проникновение в жилище на основе п. 18 ст. 11 Закона от 18.04.91 г. «О милиции», при пожаре или других чрезвычайных обстоятельствах); б) при добровольном согласии граждан на ограничение своих конституционных прав (например, гражданин добровольно впускает к себе в жилище следователя для допроса. Следователь внезапно обнаруживает в квартире вещественные доказательства и производит обыск). Подробнее об этом см. комм. к ст. 75.

СТАТЬЯ 166
ПРОТОКОЛ СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ

1. Протокол следственного действия составляется в ходе следственного действия или непосредственно после его окончания.

2. Протокол может быть написан от руки или изготовлен с помощью технических средств. При производстве следственного действия 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.

3. В протоколе указываются:

1) место и дата производства следственного действия, время его начала и окончания с точностью до минуты;

2) должность, фамилия и инициалы лица, составившего протокол;

3) фамилия, имя и отчество каждого лица, участвовавшего в следственном действии, а в необходимых случаях его адрес и другие данные о его личности.

4. В протоколе описываются процессуальные действия в том порядке, в каком они производились, выявленные при их производстве существенные для данного уголовного дела обстоятельства, а также излагаются заявления лиц, участвовавших в следственном действии.

5. В протоколе должны быть указаны также технические средства, примененные при производстве следственного действия, условия и порядок их использования, объекты, к которым эти средства были применены, и полученные результаты. В протоколе должно быть отмечено, что лица, участвующие в следственном действии, были заранее предупреждены о применении при производстве следственного действия технических средств.

6. Протокол предъявляется для ознакомления всем лицам, участвовавшим в следственном действии. При этом указанным лицам разъясняется их право делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены и удостоверены подписями этих лиц.

7. Протокол подписывается следователем и лицами, участвовавшими в следственном действии.

8. К протоколу прилагаются фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы допроса, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов, выполненные при производстве следственного действия.

9. При необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют потерпевший, его представитель или свидетель, не приводить данные об их личности. В этом случае следователь с согласия прокурора выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается и приобщается к уголовному делу.

10. Протокол должен также содержать запись о разъяснении участникам следственных действий в соответствии с настоящим Кодексом их прав, обязанностей, ответственности и порядка производства следственного действия, которая удостоверяется подписями участников следственных действий.

1. Протокол — это процессуальный документ, фиксирующий ход и результаты следственного действия.

Комм. статья регламентирует общие правила составления протокола, который является доказательством (ст. 83 УПК) и может быть оглашен в судебном следствии (ст. 285). Протоколы допросов могут быть оглашены в суде при соблюдении дополнительных условий (см. комм. к ст. 276, 281).

Нарушение правил составления протокола может повлечь признание его недопустимым доказательством (ст. 75). В частности, исполнение протокола почерком, не поддающимся прочтению, Верховный Суд РФ признает существенным нарушением процессуального закона[1].

2. Протокол может изготавливаться лицом по поручению следователя (например, стажером). Тогда в протоколе следует специально отметить, кем он составлен.

Составление протокола непосредственно после проведения следственного действия означает, что после его окончания и до составления протокола не проходит длительного времени, не производятся другие следственные действия.

3. Результаты применения дополнительных (к основному протоколу) способов фиксации имеют юридическое значение приложений к нему. Они недействительны без протокола или без оформления их в протоколе. Они предъявляются для ознаком-

[1] БВС РФ. 2001. № 12.

ления, оглашаются в таком же порядке, как и протокол, но обычно после оглашения самого протокола (ч. 3 ст. 276, ч. 3 ст. 281).

4. Форма протоколов предусматривается соответствующими бланками, установленными гл. 57 УПК. Они могут быть выполнены типографским, электронным или иным способом, а также написаны от руки. При использовании бланка допускается частичное его изменение, если этого требует содержание следственного действия и если это не противоречит требованиям УПК. Подстрочный текст не является обязательным (ст. 474 УПК).

При отсутствии требуемого процессуального документа в перечне бланков процессуальных документов, предусмотренном гл. 57, указанный документ составляется с соблюдением структуры аналогичного бланка и требований УПК, регламентирующих осуществление соответствующего следственного действия (ст. 475).

5. Содержание протокола должно охватывать все юридически значимые моменты следственного действия. На практике следует учесть, что недостаток информации может привести к утрате доказательственного значения, а излишек — нет. При составлении протокола дается первоначальная оценка относимости сведений, которые заносятся в протокол при *предположении* о том, что они имеют значение для дела.

Участвующих в следственном действии лиц необходимо отличать от присутствующих (которых не обязательно указывать в протоколе — охранников, рабочих, подготавливающих оборудование, сидящего рядом другого следователя и др.). Участвующие наделены процессуальными правами, выполняют определенную роль, действия по поручению следователя.

6. Дополнительно к требованиям комм. статьи в протоколе необходимо указывать:

а) сведения о факте приостановления аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки, причине и длительности остановки их записи (п. 2 ч. 4 ст. 190);

б) «отрицательные результаты» следственного действия (необнаружение следов там, где они должны или могли были быть; вопросы, которые были отведены следователем или на которые отказались ответить);

в) запись показаний (не только при допросе, но и при опознании, проверке показаний на месте и др.), заявлений, замечаний от первого лица и по возможности дословно.

К протоколам отдельных следственных действий предъявляются специальные требования (см. ст. 174, 180, 182, 190, 192).

7. Часть 9 комм. статьи вводит новую для отечественного процессуального законодательства меру по защите свидетелей и потерпевших. Для обеспечения их безопасности и безопасности близких им лиц (перечень которых очень широк — см. комм. к п. 3 ст. 5) в протоколе следственного действия не приводятся данные о личности свидетеля, потерпевшего и его представителя. Вместо этого указывается псевдоним.

Данная мера корреспондирует с возможностью в суде давать показания в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства (ч. 5 ст. 278 УПК).

За разглашение сведений о принятых мерах безопасности возможна уголовная ответственность (ст. 311 *УК*).

Это довольно глубокое отступление от принципа непосредственности исследования доказательств, способное нарушить право обвиняемого на защиту (который

обречен на «бой с тенью»). Вместе с тем оно оправданно для обеспечения защиты интересов свидетеля, потерпевшего и общества в раскрытии преступления (ч. 3 ст. 50 Конституции). Однако для соответствия международно-правовым и конституционным нормам применение указанной меры по защите свидетеля должно быть обставлено дополнительными гарантиями, чтобы процедура судопроизводства была в целом справедливой. С учетом практики Европейского Суда по правам человека[1] к дополнительным гарантиям этой меры безопасности относятся:

а) наличие достаточных оснований для применения мер безопасности, т.е. процессуальных доказательств о реальной угрозе жизни, здоровью или имуществу указанных лиц. Любые меры, ограничивающие права защиты, должны диктоваться строгой необходимостью, поэтому сохранение в тайне от защиты сведений о личности свидетеля допускается лишь при невозможности использования иных, менее радикальных мер;

б) удостоверение личности свидетелей органами, ведущими процесс, обоснование надежности и доверия к показаниям этих свидетелей. Наш процессуальный закон предусматривает необходимость вынесения мотивированного постановления (приложение 55 к ст. 476 УПК) следователя (которое, теоретически, можно обжаловать, если о нем станет известно заинтересованным лицам) и получения согласия прокурора на применение мер безопасности;

в) показания «засекреченных» свидетелей должны подкрепляться другими доказательствами, а обвинение не должно основываться единственно или в решающей степени на анонимных утверждениях;

г) исключительность применения мер безопасности в отношении сотрудников правоохранительных органов. Роль полицейских, как правило, требует впоследствии дачу ими показаний в открытом судебном заседании;

д) предоставление защите достаточных возможностей задать вопросы «засекреченным» свидетелям. Эта гарантия остается не реализованной в стадии предварительного расследования, но ее обеспечивают правила судебного следствия: запрет на оглашение показаний без согласия стороны защиты и механизм ознакомления сторон с засекреченными данными (ч. 6 ст. 278 УПК).

Указанная мера безопасности — «пассивного» характера. В практике рекомендуется одновременно применять и активные меры — по выявлению и привлечению к ответственности лиц, виновных в посягательствах на участников процесса; по избранию более строгих мер пресечения к обвиняемым. Для этого следует использовать содействие оперативных подразделений органов дознания, дав им соответствующее поручение.

8. ФЗ от 20.08.2004 г. «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» устанавливает систему мер государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, включающую в себя: 1) меры безопасности, направленные на защиту их жизни, здоровья, имущества, и 2) меры социальной защиты, применяемые в связи с гибелью указанных лиц или повреждением их здоровья. Статья 6 названного Закона указывает следующие меры безопасности: охрану, выдачу средств индивидуальной

[1] См. Решение по делу «Ван Мехелен (Van Mechelen) и другие против Нидерландов» от 23.04.97 г.

защиты, обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице, переселение его в другое место жительства, замену документов, изменение внешности, места работы и др.

СТАТЬЯ 167
УДОСТОВЕРЕНИЕ ФАКТА ОТКАЗА ОТ ПОДПИСАНИЯ ИЛИ НЕВОЗМОЖНОСТИ ПОДПИСАНИЯ ПРОТОКОЛА СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ

1. В случае отказа подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или иного лица, участвующего в следственном действии, подписать протокол следственного действия 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.

2. Лицу, отказавшемуся подписать протокол, должна быть предоставлена возможность дать объяснение причин отказа, которое заносится в данный протокол.

3. 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.

1. Отсутствие подписи на протоколе или отметки, предусмотренной комм. статьей, может повлечь утрату его доказательственного значения (см. комм. к ст. 75).

2. Отказ от подписания протокола является доказательственным фактом, устанавливающим отказ от дачи показаний свидетелем или потерпевшим, отказ от исполнения своих процессуальных обязанностей иным лицом. В то же время отказ от подписи обвиняемого (подозреваемого) не служит обвинительным доказательством.

3. Кроме указанных в ч. 1 ст. 167 лиц, удостоверить отказ от подписи могут любые участники следственного действия (в т.ч. адвокат свидетеля — ч. 5 ст. 189). Закон не требует (в отличие от ч. 3 комм. статьи) специального приглашения понятых для этого. Однако на практике при отсутствии иных участников целесообразно сделать это на основании ч. 2 ст. 170.

4. Отказавшемуся от подписи предоставляется возможность *собственноручного* изложения в протоколе причин отказа.

5. Невозможность подписать протокол может быть связана и с психическим здоровьем, и с неграмотностью. Перечень лиц, которые не могут подписать протокол, следует считать не исчерпывающим. Если в следственном действии не участвовали иные лица, то для удостоверения факта невозможности подписания протокола и его содержания приглашаются понятые. По смыслу закона понятые должны присутствовать с начала производства следственного действия.

СТАТЬЯ 168
УЧАСТИЕ СПЕЦИАЛИСТА

1. Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста в соответствии с требованиями части пятой статьи 164 настоящего Кодекса.

2. Перед началом следственного действия, в котором участвует специалист, следователь удостоверяется в его компетентности, выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему, разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58 настоящего Кодекса.

1. О понятии, статусе и формах участия специалиста см. комм. к ст. 58.

2. Привлечение к участию в деле специалиста — это право следователя (дознавателя), прокурора. Специалист может участвовать в любом следственном действии как по собственной инициативе органов расследования, так и по ходатайству иных участников процесса.

При этом УПК предусматривает случаи обязательного участия специалиста:

а) судебно-медицинского эксперта (или иного врача) в осмотре трупа (ч. 1 ст. 178);

б) врача в освидетельствовании, связанном с обнажением лица другого пола, чем следователь (ч. 4 ст. 179);

в) педагога или психолога в допросе несовершеннолетнего (ч. 1 ст. 191, ч. 3 ст. 245).

3. Основания для участия в деле специалиста следует отличать от оснований для назначения судебной экспертизы. Участие специалиста, как правило, не связано с необходимостью проведения им исследований (см. комм. к ст. 57, 58, 195).

Стороны вправе представить заключение специалиста — его письменное суждение по вопросам, поставленным одной из них (ч. 3 ст. 80). Это суждение является результатом непроцессуального исследования — аналогом экспертизы, которое чаще всего помогает оценить заключение эксперта или обосновать необходимость назначения экспертизы.

4. Процессуальный закон позволяет делить специалистов на тех, которые выступают на стороне обвинения, и на тех, которые выступают на стороне защиты. Поэтому привлечение к участию в деле специалиста по инициативе стороны защиты — обязательно для следователя, если участие специалиста имеет значение для дела.

До окончания предварительного следствия защитнику предоставлено право привлечь к участию в деле специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53). После окончания следствия такое право закреплено и для обвиняемого (ч. 4 ст. 217). Кодекс не предусматривает конкретных способов реализации данных прав. Представляется, что вызов специалиста должен делать орган, ведущий дело, по ходатайству защитника или обвиняемого.

Следователь должен выбирать конкретного специалиста с учетом прав сторон. В частности, по аналогии с выбором эксперта стороны вправе ходатайствовать об участии в качестве специалиста указанных ими лиц (ч. 3 ст. 198).

5. В дополнение к общей процедуре привлечения к участию в следственных действиях, предусмотренной в ч. 5 ст. 164 УПК, устанавливается компетентность специалиста и отсутствие оснований для его отвода.

Компетентность определяется образованием, уровнем квалификации, наличием сертификатов лицензий или специальных допусков, опытом работы и достижениями

в данной области, местом работы («штатные» эксперты-специалисты презюмируются компетентными). При недостатке специальных знаний специалист должен отказаться от участия в деле (в соответствующей части).

Об основаниях для отвода специалиста см. комм. к ст. 70, 71.

Специалист перед его допросом предупреждается об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний по ст. 307, 308 *УК*. Неисполнение им процессуальных обязанностей может повлечь наложение денежного взыскания (ст. 117 УПК) и административную ответственность (ст. 17.7 *КоАП*).

6. Специалист имеет право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле, если это не являлось исполнением служебного задания (см. комм. к ст. 131).

СТАТЬЯ 169
УЧАСТИЕ ПЕРЕВОДЧИКА

1. В случаях, предусмотренных частью второй статьи 18 настоящего Кодекса, следователь привлекает к участию в следственном действии переводчика в соответствии с требованиями части пятой статьи 164 настоящего Кодекса.

2. Перед началом следственного действия, в котором участвует переводчик, следователь удостоверяется в его компетентности и разъясняет переводчику его права и ответственность, предусмотренные статьей 59 настоящего Кодекса.

1. О понятии и статусе переводчика см. комм. к ст. 59.

2. Основанием для привлечения к участию в деле переводчика является недостаточное владение участником процесса языком, на котором ведется производство по делу. При этом сомнения должны толковаться в пользу недостаточного владения языком (подробнее см. комм. к ч. 2 ст. 18).

Привлечение переводчика к участию в деле является обязанностью органов расследования. Нарушение конституционного права на пользование родным языком и на помощь переводчика является существенным нарушением процессуального закона (п. 5 ч. 2 ст. 379).

Участие переводчика всегда обеспечивается за счет государства (ч. 2 ст. 18).

3. Переводчик привлекается к участию в деле путем вынесения мотивированного постановления следователем, дознавателем или прокурором (ч. 2 ст. 59).

4. Компетентность переводчика определяется свободным владением им языка, на котором ведется судопроизводство, при этом наличие специальности или профессии переводчика необязательно.

Выбор конкретного переводчика должен учитывать желание того участника процесса, кому этот перевод нужен.

Об отводе переводчика см. ст. 69.

5. Кодекс предусматривает две формы участия переводчика в расследовании: а) участие в следственном действии (как правило, для устного перевода); б) письменный перевод процессуальных документов. Во втором случае переводчик может не присутствовать лично во время производства процессуальных действий, а по требованию следователя «заочно» перевести документы. При этом перед выполнением перевода переводчику должны быть разъяснены его права и обязанности, а заинтересованным лицам — обеспечено право заявить отвод переводчику.

На родной язык соответствующего участника процесса (или другой язык, которым он хорошо владеет) должны быть переведены: копии протоколов обыска и выемки, ареста имущества, постановления об избрании меры пресечения, о возбуждении дела, об отказе в возбуждении дела, постановление о привлечении в качестве обвиняемого, обвинительное заключение и обвинительный акт и другие документы.

6. Переводчик предупреждается об уголовной ответственности по ст. 307 *УК* за заведомо неправильный перевод. Неисполнение им процессуальных обязанностей может повлечь наложение денежного взыскания (ст. 117 УПК) и административную ответственность (ст. 17.7 *КоАП*).

7. Переводчик имеет право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле, если это не являлось исполнением служебного задания (см. комм. к ст. 131).

СТАТЬЯ 170
УЧАСТИЕ ПОНЯТЫХ

1. В случаях, предусмотренных статьями 115, 177, 178, 181—184, частью пятой статьи 185, частью седьмой статьи 186, статьями 193 и 194 настоящего Кодекса, следственные действия производятся с участием не менее двух понятых, которые вызываются для удостоверения факта производства следственного действия, его хода и результатов, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи.

2. В остальных случаях следственные действия производятся без участия понятых, если следователь по ходатайству участников уголовного судопроизводства или по собственной инициативе не примет иное решение.

3. В труднодоступной местности, при отсутствии надлежащих средств сообщения, а также в случаях, если производство следственного действия связано с опасностью для жизни и здоровья людей, следственные действия, предусмотренные частью первой настоящей статьи, могут производиться без участия понятых, о чем в протоколе следственного действия делается соответствующая запись. В случае производства следственного действия без участия понятых применяются технические средства фиксации его хода и результатов. Если в ходе следственного действия применение технических средств невозможно, то следователь делает в протоколе соответствующую запись.

4. Перед началом следственного действия следователь в соответствии с частью пятой статьи 164 настоящего Кодекса разъясняет понятым цель следственного действия, их права и ответственность, предусмотренные статьей 60 настоящего Кодекса.

1. О понятии и процессуальном положении понятого см. комм. к ст. 60.

2. Участие понятых является важной гарантией удостоверения *объективности* получаемых доказательств. Поэтому понятые не участвуют в тех следственных действиях, которые основаны на *субъективном* методе расспроса (допрос, очная ставка, производство экспертизы). Понятые могут быть нужны в тех действиях, которые основаны на *объективном* методе наблюдения (например, осмотр, обыск, освидетельствование).

3. Комм. статья признает обязательным участие понятых в исполнении наложения ареста на имущество (ст. 115); осмотре места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов (ст. 177); эксгумации и осмотре трупа (ст. 178); следственном эксперименте (ст. 181); обыске (ст. 182); выемке (ст. 183); личном обыске (ст. 184); осмотре и выемке задержанных почтово-телеграфных отправлений (ч. 5 ст. 185); осмотре фонограммы, контроля и записи переговоров (ч. 7 ст. 186); предъявлении для опознания (ст. 193); проверки показаний на месте (ст. 194).

Кроме того, УПК признает обязательным присутствие понятых для удостоверения факта невозможности подписания протокола лицом, когда в следственном действии не участвуют представители (ч. 3 ст. 167).

Нарушение указанных требований влечет недопустимость полученных доказательств (ч. 3 ст. 7).

4. УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР, не требует участия понятых в других следственных действиях, основанных на методе наблюдения. Согласно ч. 2 ст. 170 УПК РФ такое участие целесообразно в освидетельствовании (ст. 179). Участие понятых может быть полезным при получении образцов для сравнительного исследования (ст. 202).

5. Если двое понятых не могут одновременно наблюдать все юридически значимые обстоятельства следственного действия, то количество понятых должно быть большим.

6. Часть 3 комм. статьи устанавливает новое для отечественного законодательства исключение из правила об обязательности участия понятых.

Любое следственное действие может проводиться без понятых по одному из двух оснований:

1) место производства следственного действия является труднодоступным и отсутствуют надлежащие средства сообщения. Это основание предполагает такое место, к которому трудно подойти, которое трудно достичь обычным способом. Труднодоступность обусловлена и отсутствием достаточных средств транспортного сообщения, и отсутствием средств связи. Практически, *труднодоступность означает невозможность доставить понятых на место производства следственного действия*. Однако эта невозможность не должна быть вызвана субъективными причинами органов расследования (например, отсутствие бензина, чтобы отвезти понятых в другой район, т.к. есть другие автомобили, общественный транспорт и другие средства надлежащего сообщения). Невозможность доставить понятых может быть связана с отсутствием средств связи, когда следователь неожиданно оказался на отдаленном месте происшествия и не может вызвать понятых. Если следователь находится в труднодоступном высокогорном районе, но у него есть реальная возможность обеспечить участие понятых (например, из числа случайно оказавшихся рядом альпинистов), то по смыслу комм. статьи это место не является «труднодоступным», т.е. не дает право провести следственные действия без понятых;

2) производство следственного действия связано с конкретной опасностью для жизни и здоровья понятых. При этом опасность должна существовать уже до начала производства следственного действия, т.к. создание самим следователем опасности для здоровья прямо запрещено законом (ч. 4 ст. 164 УПК). Опасность должна быть не абстрактной (гололед на улице может привести к падению понятого во время осмотра), а конкретной (например, повышенный радиационный фон приводит к получению

дозы облучения, опасность взрыва при осмотре пиротехнического объекта). Наличие опасности исключает участие понятых даже при их добровольном желании и готовности на это (в отличие от первого основания).

Данная процессуальная норма допускает профессиональный риск самого следователя, дознавателя, работника органа дознания.

Кроме наличия оснований для производства следственных действий без понятых, необходимо соблюдение следующих условий:

а) неотложность ситуации, т.е. реальная угроза утраты следов, сокрытия разыскиваемых лиц и имущества при промедлении с производством следственных действий (о неотложной ситуации см. комм. к ст. 157, 165). Например, ночью в отдаленном от жилого массива месте следователь не может обеспечить участие понятых при осмотре. Однако если ситуация позволяет привести его на следующий день (через неделю), то без понятых проводить осмотр нельзя. Например, обвиняемый назвал конкретное место в лесу, где он спрятал похищенное. Надо *подготовиться* к выезду для осмотра этого места, в т.ч. пригласить с собой понятых. Отсутствие неотложной ситуации может позволить сначала устранить опасность для жизни и здоровья понятых, а затем провести следственное действие;

б) применение дополнительных технических средств фиксации хода и результатов следственного действия (наряду с протоколом). Эти средства должны быть приспособлены для фиксации результатов наблюдения (видеозапись, кино-, фотосъемка).

Данное условие может быть не выполнено при объективной невозможности применения технических средств (отсутствие технических средств в неотложной ситуации или неблагоприятные внешние условия: сильное электромагнитное излучение, проливной дождь и др.). В остальных случаях следователь должен заранее подготовить технические средства к фиксации следственного действия, проводимого без понятых. Поэтому отсутствие расходных материалов, аппаратуры не является уважительной причиной неприменения технических средств фиксации.

Если следственное действие, указанное в ч. 1 ст. 170 УПК, проведено без понятых и без использования технических средств фиксации (когда объективно это было сделать вполне возможно), то его результаты должны быть признаны недопустимыми доказательствами (ч. 3 ст. 7).

Основания и условия для проведения действий без понятых должны быть установлены и зафиксированы в протоколе.

7. Понятые приглашаются до начала производства следственного действия и присутствуют до его завершения составлением протокола. При этом главное, чтобы понятые воспринимали значимые для уголовного дела обстоятельства. Об этих обстоятельствах для решения вопроса о допустимости полученных доказательств понятые могут быть допрошены в качестве свидетелей (ч. 8 ст. 234 УПК).

8. О лицах, которые не могут быть понятыми, см. комм. к ст. 60.

9. Неисполнение понятым своих процессуальных обязанностей может повлечь наложение денежного взыскания (ст. 117 УПК) и административную ответственность (ст. 17.7 *КоАП*).

10. Понятые имеют право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле (см. комм. к ст. 131).

ГЛАВА 23. ПРИВЛЕЧЕНИЕ В КАЧЕСТВЕ ОБВИНЯЕМОГО. ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ОБВИНЕНИЯ

СТАТЬЯ 171 ПОРЯДОК ПРИВЛЕЧЕНИЯ В КАЧЕСТВЕ ОБВИНЯЕМОГО

1. При наличии достаточных доказательств, дающих основания для обвинения лица в совершении преступления, следователь выносит постановление о привлечении данного лица в качестве обвиняемого.

2. В постановлении должны быть указаны:

1) дата и место его составления;

2) кем составлено постановление;

3) фамилия, имя и отчество лица, привлекаемого в качестве обвиняемого, число, месяц, год и место его рождения;

4) описание преступления с указанием времени, места его совершения, а также иных обстоятельств, подлежащих доказыванию в соответствии с пунктами 1—4 части первой статьи 73 настоящего Кодекса;

5) пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающие ответственность за данное преступление;

6) решение о привлечении лица в качестве обвиняемого по расследуемому уголовному делу.

3. При обвинении лица в совершении нескольких преступлений, предусмотренных разными пунктами, частями, статьями Уголовного кодекса Российской Федерации, в постановлении о привлечении его в качестве обвиняемого должно быть указано, какие деяния вменяются ему по каждой из этих норм уголовного закона.

4. При привлечении по одному уголовному делу в качестве обвиняемых нескольких лиц постановление о привлечении в качестве обвиняемого выносится в отношении каждого из них.

1. Привлечение в качестве обвиняемого — это выдвижение первоначального обвинения (утверждения о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом — п. 22 ст. 5 УПК). Выдвижение обвинения происходит в форме вынесения следователем постановления о привлечении в качестве обвиняемого.

Первоначальное обвинение иногда может совпадать с окончательным, тогда привлечение в качестве обвиняемого как отдельный процессуальный институт отсутствует. Так происходит при принятии заявления потерпевшего по делам частного обвинения (ч. 7 ст. 318), при вынесении обвинительного акта по окончании дознания (ст. 225).

В процедуру привлечения лица в качестве обвиняемого принято дополнительно включать и предъявление обвинения, и допрос обвиняемого.

Привлечение в качестве обвиняемого равнозначно привлечению лица к уголовной ответственности, но не ее наступлению (реализации), ибо обвиняемый до вступления в законную силу приговора суда считается невиновным (ст. 14 УПК). Именно в этом значении термин «привлечение к уголовной ответственности» употребляется в УПК (п. 2 ч. 1 ст. 154, ч. 3 ст. 214, ч. 3 ст. 414) и в *УК* (ст. 299).

Привлечение в качестве обвиняемого необходимо отличать: а) от процессуальных действий, обозначающих возникновение подозрения в совершении лицом пре-

ступления, которые имеют подготовительный характер по отношению к формированию обвинения — привлечения к уголовному преследованию (ст. 23), возбуждения уголовного дела в отношении определенного лица (п. 1 ч. 1 ст. 46); б) от функции обвинения или уголовного преследования — общей деятельности по подготовке и поддержанию обвинения (п. 55 ст. 5, ст. 21); в) от формирования окончательного обвинения — составления обвинительного заключения, обвинительного акта.

Выдвижение первоначального обвинения является центральным этапом стадии предварительного расследования и имеет следующее процессуальное значение:

— определяет пределы дальнейшего производства, которое будет вестись только в отношении привлеченных лиц и только по тем преступлениям, по которым они привлечены к уголовной ответственности в качестве обвиняемых. Отсюда берет начало правило «недопустимость поворота к худшему»;

— означает появление в процессе такого его участника, как обвиняемый (ч. 1 ст. 47 УПК), а также начало защиты от определенного обвинения;

— создает ординарные условия для применения мер процессуального принуждения в отношении обвиняемого.

2. Основания для привлечения лица в качестве обвиняемого одновременно складываются из следующих элементов:

1) по делу установлено совершение определенным лицом конкретного преступления (фактическое основание). К моменту вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого должны быть доказаны все юридически значимые моменты, необходимые для квалификации, а именно: а) событие преступления (п. 1 ч. 1 ст. 73), б) виновность лица в совершении преступления (п. 2 ч. 1 ст. 73), в) отсутствие обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73). Иные обстоятельства, указанные в ст. 73 УПК, могут быть установлены и на следующем этапе предварительного следствия;

2) наличие в деле достаточных уголовно-процессуальных доказательств об этом (информационное основание), т.е. информации, обладающей свойством допустимости. Данные непроцессуального характера (например, оперативно-розыскные) не могут обосновать обвинение. Подробнее об этом см. комм. к ст. 74, 75, 89. В ограниченных пределах некоторые элементы обвинения могут быть установлены путем презумпций, преюдиций и общеизвестности. См. об этом комм. к ст. 73, 90.

Доказательств должно быть достаточно для убежденности следователя в совершении преступления данным лицом. Если при возбуждении дела основанием была вероятность, то при привлечении в качестве обвиняемого — достоверность. Поэтому следователь вправе изменить квалификацию преступления, данную при возбуждении дела. Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности является преступлением (ст. 299 *УК*).

В то же время указанная достоверность как предмет оценки относительна (см. комм. к ст. 88). К этому моменту виновность доказана для органа расследования (обвинителя), но не для суда, поскольку обвиняемый объективно считается невиновным. Однако даже для обвинителя виновность установлена еще без учета доводов защиты. Поэтому после привлечения лица в качестве обвиняемого процесс доказывания может продолжаться по трем основным направлениям: а) опровержение или подтверждение доводов защиты; б) доказывание новых или других существенных обстоятельств совершения преступления, выявленных следователем по собственной инициативе;

в) установление остальных элементов предмета доказывания, которые могут не определять квалификацию преступления, если они не были выяснены ранее.

При необходимости изменить обвинение применяются правила ст. 175 УПК. Полное отпадение оснований влечет прекращение дела или уголовного преследования;

3) признание уголовным законом установленного по делу деяния преступлением (юридическое основание).

Появление основания для выдвижения первоначального обвинения определяет тот момент расследования, когда надо выносить постановление о привлечении в качестве обвиняемого. Излишняя поспешность приводит к его необоснованности. Задержка с его вынесением ущемляет право на защиту. Человек фактически находится в положении обвиняемого, но не имеет соответствующих прав. Некоторой гарантией против такого нарушения права на защиту служит расширительное толкование понятий «обвинение» и «обвиняемый» в конституционно-правовом и международно-правовом значении. Об этом см. комм. к ст. 47.

Например, при подозрении лица в совершении нескольких преступлений необходимо вынести постановление о привлечении его в качестве обвиняемого, когда будет доказано совершение этим лицом хотя бы одного из них.

3. Привлечение в качестве обвиняемого возможно при соблюдении условий:

а) обвинение может быть выдвинуто только по событиям (фактам), тождественным с точки зрения своего фактического содержания тем, по которым возбуждалось данное уголовное дело. Например, в рамках уголовного дела, возбужденного лишь по факту незаконного ношения лицом оружия, нельзя привлечь его в качестве обвиняемого за убийство или незаконный сбыт наркотиков — для этого требуется возбуждение новых уголовных дел и соединение их с данным делом. В то же время при тождественности установленного события (событий) квалификация преступления, данная при возбуждении дела, может быть «свободно» изменена на другую либо дополнена — например, незаконное хранение огнестрельного оружия переквалифицировано на его незаконное изготовление, квалификация хулиганских действий дополнена умышленным причинением при их совершении тяжкого или средней тяжести вреда здоровью и т.д. Данное условие не нарушается и тогда, когда по делу, возбужденному в отношении конкретного лица, в качестве обвиняемого привлекается другой человек, если в отношении первого лица уголовное преследование прекращено в связи с его непричастностью к совершению преступления[1];

б) надлежащий субъект выдвижения обвинения. Постановление о привлечении в качестве обвиняемого может быть вынесено не подлежащим отводу, принявшим дело к производству следователем, начальником следственного отдела, прокурором (и дознавателем в случаях, предусмотренных ст. 224). При этом обязательно соблюдение правил подследственности (ст. 151). При выполнении неотложных следственных действий по делу, подследственному другому органу расследования, в порядке ч. 5 ст. 152, ст. 157 УПК обвинение выдвигать нельзя.

При этом следователь вправе приостановить исполнение указаний прокурора и начальника следственного отдела (при их обжаловании) о привлечении определенных лиц в качестве обвиняемых, об объеме обвинения, о квалификации преступления (ч. 3 ст. 38, ч. 4 ст. 39);

---

[1] БВС РФ. 2000. № 3.

в) отсутствие служебного иммунитета у «потенциального» обвиняемого (ст. 447). Для выдвижения обвинения против таких лиц установлен особый порядок (см. комм. к ст. 450).

4. Форма постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого установлена приложением 92 к ст. 476 УПК. Постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого должно полно и точно отразить фактическую и юридическую стороны первоначального обвинения.

а) Фактическая сторона обвинения (существо или его объем) — это подробное описание конкретных обстоятельств вменяемого в вину каждого преступления. Общие формулировки не допускаются. При этом описать необходимо все признаки состава преступления и все квалифицирующие обстоятельства. Так, в постановлении должны быть отражены форма вины, необходимые для квалификации некоторых составов, мотив и цель. В то же время следует избегать излишних подробностей (не имеющих юридического значения).

При обвинении в преступлении, связанном с нарушением иных нормативных актов, необходимо указать, какие именно нормы нарушены (например, Правила дорожного движения, Инструкция по технике безопасности).

Если по делу уже установлены иные обстоятельства, указанные в ст. 73 УПК, то они также могут быть приведены в постановлении (например, обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого).

б) Юридическая сторона обвинения означает его уголовно-правовую формулировку, оценку. Она излагается в постановлении в соответствии с диспозицией уголовно-правовой нормы с указанием пунктов, частей и статей *УК*. При этом в необходимых случаях следует ссылаться и на нормы Общей части *УК* (соучастие, неоконченное преступление, рецидив).

На практике получило распространение явление, называемое «квалификацией с запасом», когда следователь при малейшем сомнении в юридической оценке деяния пытается вменить обвиняемому максимально тяжкое преступление из всех возможных в данном случае. При этом расчет делается на то, что прокурор при утверждении обвинительного заключения и суд при постановлении приговора могут «смягчить» квалификацию, но не смогут ее «ужесточить». Такая практика противоречит закону. В результате обвинение опирается на необоснованное предположение, а его завышенная тяжесть является условием для применения более строгих мер процессуального принуждения. В частности, это может привести и к незаконному заключению обвиняемого под стражу или незаконно подтолкнуть обвиняемого к признанию вины в меньшем преступлении.

5. Часть 2 комм. статьи не требует в постановлении приводить ссылки на доказательства, подтверждающие обвинение. Буквальное толкование комм. статьи обычно приводит на практике к тому, что в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого доказательства не указываются. Однако это положение находится в противоречии с общим требованием о необходимости мотивированности постановлений (ч. 4 ст. 7), т.е. письменного анализа всех оснований принимаемых решений в самом их тексте. Но важнейшим элементом оснований для привлечения в качестве обвиняемого являются доказательства обвинения (ч. 1 ст. 171). Отсутствие ссылок на доказательства обвинения в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого не только ущемляет право на защиту, но и противоречит международно-правовому праву

обвиняемого «быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения» (подп. «а» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.). Подробное уведомление об основаниях обвинения означает ознакомление с доказательствами (подчеркнем, что именно их ч. 1 ст. 171 УПК считает основанием обвинения). Без уведомления об обосновывающих обвинение доказательствах сторона защиты не может полноценно выполнять свою функцию. Если лицо знает лишь то, в чем его обвиняют, но не знает на основании чего, оно не может полноценно оспаривать аргументы своего процессуального противника. Это не только не способствует подлинной обоснованности обвинения, но и нарушает равноправие сторон как элемент состязательности (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК), предоставляя незаслуженное преимущество обвинителю.

Учитывая приоритет международно-правовых и конституционных норм перед отраслевым законодательством, следует, на наш взгляд, признать обязанность следователя указывать основные доказательства обвинения в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого.

Вместе с тем реализация этой обязанности — вопрос будущего. В данный момент она не подкреплена должными санкциями, т.к. еще не сложилась практика обжалования данного постановления в суд. В то же время КС РФ уже признал право судебного обжалования постановления о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица[1]. При этом мотивы этого решения вполне могут быть распространены и на первоначальное обвинение. Решение о возбуждении дела в отношении лица придает ему статус подозреваемого (как и постановление о привлечении в качестве обвиняемого — статус обвиняемого), в связи с чем может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам. Судебный контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления основных прав и свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела (как и при привлечении в качестве обвиняемого). Поэтому подозреваемый должен иметь право обжаловать в суд решение о возбуждении дела (как и обвиняемый — соответствующее постановление). Суд, рассматривая такую жалобу, не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела. Следовательно, при проверке законности этих постановлений суд управомочен выяснять прежде всего, соблюден ли порядок их вынесения, имеются ли для этого достаточные основания, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу. При этом принесение в суд таких жалоб не приостанавливает совершения следственных и иных процессуальных действий. Как только суд будет рассматривать жалобу на постановление о привлечении в качестве обвиняемого, последний получит возможность ознакомиться с основными (а не всеми) доказательствами обвинения[2].

---

[1] См. Определение КС РФ от 27.12.2002 г. № 300-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 116, 211, 218, 219 и 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации и жалобами ряда граждан».

[2] *Так, уже есть случаи удовлетворения судом жалоб защиты на предъявление обвинения. По делу генерала Олейника суд признал недействительным предъявленное без защитника обвинение. См.:* http://www.strana.ru/stories/01/12/11/2197/154824.html

6. При толковании ч. 3 комм. статьи следует учесть ст. 17 *УК* (Совокупность преступлений) в ред. от 21.07.2004 г. Совершение нескольких преступлений, предусмотренных разными нормами *УК*, может составлять реальную или идеальную совокупность. При совокупности преступлений лицо несет уголовную ответственность за каждое совершенное преступление по соответствующей статье или части статьи *УК*. Поэтому в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого должна быть отдельно дана квалификация каждого преступления. Совокупность отсутствует, когда совершение двух или более преступлений предусмотрено статьями Особенной части *УК* в качестве обстоятельства, влекущего более строгое наказание. В этом случае в постановлении дается единая квалификация всех деяний обвиняемого.

При обвинении по одному делу одного лица в совершении нескольких преступлений (любых) в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого каждое преступление должно быть указано отдельно.

7. Обвинение всегда имеет личный характер, оно индивидуально для каждого лица. Поэтому при обвинении по одному делу нескольких лиц постановление о привлечении в качестве обвиняемого выносится в отношении каждого лица.

8. Процессуальный закон обязывает следователя копию постановления о привлечении в качестве обвиняемого вручить самому обвиняемому, его защитнику и направить прокурору (ч. 8—9 ст. 172). По общему правилу это происходит после предъявления обвинения. Однако в тех случаях, когда обвинение в течение установленного ст. 172 УПК срока предъявить невозможно, копии должны быть направлены указанным лицам уже до предъявления обвинения (см. комм. к ст. 172).

Потерпевший вправе знать о предъявленном обвиняемому обвинении (п. 1 ч. 2 ст. 42), поэтому по ходатайству потерпевшего ему необходимо направлять копию постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого.

СТАТЬЯ 172
ПОРЯДОК ПРЕДЪЯВЛЕНИЯ ОБВИНЕНИЯ

1. Обвинение должно быть предъявлено лицу не позднее 3 суток со дня вынесения постановления о привлечении его в качестве обвиняемого в присутствии защитника, если он участвует в уголовном деле.

2. Следователь извещает обвиняемого о дне предъявления обвинения и одновременно разъясняет ему право самостоятельно пригласить защитника либо ходатайствовать об обеспечении участия защитника следователем в порядке, установленном статьей 50 настоящего Кодекса.

3. Обвиняемый, содержащийся под стражей, извещается о дне предъявления обвинения через администрацию места содержания под стражей.

4. Обвиняемый, находящийся на свободе, извещается о дне предъявления обвинения в порядке, установленном статьей 188 настоящего Кодекса.

5. Следователь, удостоверившись в личности обвиняемого, объявляет ему и его защитнику, если он участвует в уголовном деле, постановление о привлечении данного лица в качестве обвиняемого. При этом следователь разъясняет обвиняемому существо предъявленного обвинения, а также его права, предусмотренные статьей 47 настоящего Кодекса, что удостоверяется подписями обвиняемого, его защитника и следователя на постановлении с указанием даты и времени предъявления обвинения.

6. В случае неявки обвиняемого или его защитника в назначенный следователем срок, а также в случае, когда место нахождения обвиняемого не установлено, обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода при условии обеспечения следователем участия защитника.

7. В случае отказа обвиняемого подписать постановление следователь делает в нем соответствующую запись.

8. Следователь вручает обвиняемому и его защитнику копию постановления о привлечении данного лица в качестве обвиняемого.

9. Копия постановления о привлечении в качестве обвиняемого направляется прокурору.

1. Под термином «обвинение» в ч. 1 комм. статьи имеется в виду постановление о привлечении в качестве обвиняемого как письменное выражение обвинения.

2. Ограничение времени для предъявления обвинения реализует международно-правовые принципы: право обвиняемого «быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения» и право иметь достаточное время и возможности для подготовки защиты (подп. «a» и «b» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.).

Отсюда следует, что следователь при наличии возможности должен предъявить обвинение как можно раньше, не дожидаясь истечения трехсуточного срока.

Об исключениях, когда трехсуточный срок предъявления обвинения может быть нарушен, см. комм. к ч. 6 ст. 172.

3. Обвинение всегда должно предъявляться в присутствии защитника, за исключением случая, когда принят отказ обвиняемого от защитника (п. 1 ч. 1 ст. 51 УПК). Если защитник ранее в деле не участвовал, то перед предъявлением обвинения обвиняемому разъясняется и обеспечивается его право на помощь защитника (см. комм. к ст. 50).

При предъявлении обвинения обеспечивается участие в необходимых случаях законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого (п. 2 ч. 2 ст. 426) и переводчика (ст. 18, 196). Постановление о привлечении должно быть переведено на родной язык обвиняемого или на язык, которым он хорошо владеет. Копия переведенного постановления не только вручается обвиняемому, но и остается в деле.

4. При вызове обвиняемого следует учесть следующие особенности:

1) администрация места содержания обвиняемого под стражей обязана обеспечить участие обвиняемого в процессуальном действии — предъявлении обвинения в виде предоставления помещений для этого или передачи обвиняемого конвою для доставки по месту совершения процессуальных действий (ст. 28 ФЗ от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»);

2) вызов несовершеннолетнего, не достигшего 16 лет, как правило, производится через его законных представителей либо через администрацию по месту его работы или учебы (ч. 4 ст. 188 УПК). Вызов несовершеннолетнего, который содержится в закрытом детском учреждении, производится через администрацию этого учреждения;

3) военнослужащий вызывается через командование воинской части (ч. 5 ст. 188).

По буквальному толкованию ч. 2—4 комм. статьи обвиняемый не просто вызывается, а извещается о дне предъявления обвинения. Это означает: а) заблаговремен-

ность вызова, чтобы обвиняемый мог подготовиться, в т.ч. получить помощь защитника; б) необходимость уведомления обвиняемого даже тогда, когда он никуда не вызывается. Например, содержащийся в следственном изоляторе обвиняемый должен быть заблаговременно уведомлен о дне, когда ему будет предъявлено обвинение в этом же следственном изоляторе.

5. Часть 5 комм. статьи регламентирует саму процедуру предъявления обвинения, включающую в себя: 1) удостоверение в личности обвиняемого и его защитника, 2) объявление постановления о привлечении, 3) разъяснение существа обвинения, 4) разъяснение прав обвиняемого, 5) удостоверение указанных моментов в постановлении.

Удостоверение в личности возможно не только по документам, которые могут отсутствовать или быть поддельными. Оно может быть осуществлено путем предъявления для опознания, со слов и другими способами (даже визуально, если следователь уже ранее удостоверился в его личности, например, при допросе в качестве подозреваемого).

Если после предъявления обвинения выяснится, что обвиняемый в действительности является не тем лицом, данные которого указаны в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, то это является необходимостью изменения обвинения (неправильных данных о личности обвиняемого) в порядке ч. 1 ст. 175 УПК.

Если в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого данные о личности обвиняемого правильные, однако оно предъявлено другому лицу (который выдавал себя за обвиняемого), то обвинение не считается предъявленным, но изменять его не требуется.

Объявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого может быть сделано путем его оглашения следователем или путем прочтения самим обвиняемым.

Разъяснение существа обвинения — это обязанность по защите и оказанию юридической помощи, которая возлагается на следователя. Разъясняется не только существо обвинения (об этом см. комм. к ч. 2 ст. 171), юридическое значение вменяемых в вину обстоятельств, но и содержание юридических терминов в формулировке обвинения.

О содержании прав обвиняемого см. комм. к ст. 47 УПК. Кроме прав, целесообразно разъяснить обязанности обвиняемого (являться по вызову, не препятствовать производству по делу и др.) и последствия их нарушения (привод, избрание более строгой меры пресечения).

6. Часть 6 комм. статьи предусматривает не полный перечень исключений, когда обвинение предъявляется по истечении 3 суток. Это следующие случаи: неявка обвиняемого или его защитника; невозможность вызова обвиняемого при неизвестности места его нахождения; кратковременная болезнь обвиняемого; помещение обвиняемого в психиатрический стационар для производства судебно-психиатрической экспертизы (ч. 3 ст. 203); стихийное бедствие и др.

При неявке обвиняемого без уважительных причин может быть избрана более строгая мера пресечения (ст. 110), осуществлен привод (ст. 113).

Предъявление обвинения в день фактической явки или в день привода означает совершение этих действий до 22 часов по местному времени.

При производстве психиатрической экспертизы обвинение предъявляется незамедлительно (не позже 3 суток) после получения заключения экспертов. Если обви-

няемый признан невменяемым, то ему обвинение не предъявляется, а начинается производство по применению принудительных мер медицинского характера в порядке, предусмотренном гл. 51 УПК.

7. В случае если постановление о привлечении в качестве обвиняемого осталось непредъявленным обвиняемому, то дело не может быть направлено в суд, а при выявлении указанного нарушения в судебном разбирательстве подсудимый, на наш взгляд, подлежит оправданию по п. 2 ч. 2 ст. 302 (непричастность к совершению преступления) ввиду недоказанности его виновности в установленном законом порядке (ч. 1 ст. 14). Сложнее решить вопрос о юридических последствиях пропуска следователем 3-суточного срока предъявления обвинения со дня вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого (при отсутствии обстоятельств, указанных в п. 7 настоящего комм.). Представляется, что если указанный срок нарушен незначительно (в пределах нескольких дней), то процессуальными последствиями такого нарушения (при наличии вины следователя) могут быть меры прокурорского надзора, предусмотренные п. 7, 8 ч. 2 ст. 37 УПК, или (и) применение к следователю мер дисциплинарного взыскания. Однако когда установленный срок нарушен значительно (например, постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого предъявлено ему лишь вместе с материалами оконченного расследования) либо обвиняемый в это время содержался под стражей, имеет место существенное нарушение права обвиняемого на защиту, и дело должно быть возвращено прокурором следователю для производства дополнительного расследования (п. 3 ч. 1 ст. 221), начиная с момента предъявлении обвинения. При этом результаты всех следственных действий, которые производились ранее с участием такого «обвиняемого», должны быть признаны недопустимыми (ч. 2, 3 ст. 88). Вынесение нового (но тождественного первому) постановления о привлечении в качестве обвиняемого в подобных случаях неправомерно (не имеет юридической силы), ибо, согласно ч. 1 ст. 175, оно может быть принято только, если имеются основания для *изменения ранее предъявленного* обвинения.

8. Отказ обвиняемого от подписи должен быть предупрежден разъяснением значения его подписи не как признания вины, а как удостоверения факта предъявления обвинения. При отказе от подписи применяются правила ст. 167 УПК (см. комм. к ней).

9. Копия постановления о привлечении в качестве обвиняемого может быть вручена или направлена и до предъявления обвинения. Если предъявление обвинения откладывается, то копия постановления направляется обязательно (защитнику и обвиняемому, место нахождения которого известно).

СТАТЬЯ 173
ДОПРОС ОБВИНЯЕМОГО

1. Следователь допрашивает обвиняемого немедленно после предъявления ему обвинения с соблюдением требований пункта 9 части четвертой статьи 47 и части третьей статьи 50 настоящего Кодекса.

2. В начале допроса следователь выясняет у обвиняемого, признает ли он себя виновным, желает ли дать показания по существу предъявленного обвинения и на каком языке. В случае отказа обвиняемого от дачи показаний следователь делает соответствующую запись в протоколе его допроса.

3. Допрос проводится в порядке, установленном статьей 189 настоящего Кодекса, с изъятиями, установленными настоящей статьей.

4. Повторный допрос обвиняемого по тому же обвинению в случае его отказа от дачи показаний на первом допросе может проводиться только по просьбе самого обвиняемого.

1. Допрос обвиняемого — это одно из следственных действий. Поэтому при его производстве применяются общие правила следственных действий (см. комм. к ст. 164) и общие правила допроса (см. комм. к ст. 187, 189).

Комм. статья регламентирует особенности допроса обвиняемого по сравнению с другими видами допросов.

2. При толковании норм комм. статьи необходимо исходить из общего процессуального положения обвиняемого как стороны в процессе (см. комм. к ст. 47). Допрос обвиняемого преследует цели: а) выяснить юридическую позицию обвиняемого, б) получить его показания, в) предоставить ему возможность выдвинуть доводы в свою защиту. Дача показаний предстает как право обвиняемого (см. комм. к ст. 77).

Немедленность допроса означает соблюдение двух моментов: а) предоставление права обвиняемому дать показания так быстро после предъявления обвинения, как он пожелает; б) запрет проводить другие следственные действия с участием обвиняемого без предоставления ему права дать показания по предъявленному обвинению.

Следователь обеспечивает участие защитника в допросе обвиняемого. При этом допрос откладывается до окончания конфиденциального свидания обвиняемого с защитником, продолжительность которого не ограничена (п. 9 ч. 4 ст. 47 УПК). Допрос откладывается и для обеспечения явки защитника (см. комм. к ст. 50).

Показания обвиняемого, данные без участия защитника, всегда признаются недопустимыми, если обвиняемый от них отказывается (п. 1 ч. 2 ст. 75).

3. Перед допросом обвиняемому еще раз должны быть разъяснены его права (ч. 6 ст. 47), особенно предоставляемые во время допроса: на отказ от дачи показаний, на дачу показаний на выбранном языке, на ознакомление с протоколом, на принесение замечаний на протокол, поправок, дополнений и уточнений.

4. В ходе допроса от обвиняемого исходит информация, имеющая три разных юридических значения:

1) заявление о полном, частичном признании вины или о ее непризнании. Кроме доказательственного значения, это заявление в условиях состязательности выступает в некотором смысле актом распоряжения, определением позиции стороны. В дальнейшем согласие обвиняемого с предъявленным обвинением может быть основанием для особого порядка судебного разбирательства по разд. X УПК. Позиция обвиняемого должна быть определена в начале допроса;

2) доводы обвиняемого в свою защиту, его версии, предположения, которые в теории судопроизводства принято называть объяснениями. Будучи не опровергнутыми, версии обвиняемого (при их реальности) должны толковаться в пользу обвиняемого (об этом см. комм. к ст. 77). Именно это значение «показаний» обвиняемого законодатель считает основным (см. комм. к п. 1 ч. 2 ст. 75);

3) показания как информация о фактах, которые обвиняемый воспринимал (собственно доказательственная информация). О показаниях см. комм. к ст. 77.

Полный или частичный отказ обвиняемого от дачи показаний может быть заявлен в любой момент допроса, о чем делается запись в протоколе. Значение отказа от дачи показаний связано с запретом толковать его против обвиняемого; с признанием недопустимости ранее данных показаний без участия защитника (п. 1 ч. 2 ст. 75); с ограничениями повторного допроса (ч. 4 ст. 173). Об этом см. также комм. к ст. 77.

Отказ от подписи протокола допроса удостоверяется по правилам ст. 167 УПК.

5. Определяя порядок допроса обвиняемого, закон (ч. 3 ст. 173) ссылается на общие правила проведения допроса (ст. 189). При толковании данной нормы следует учесть следующее:

а) к общим правилам допроса следует отнести и требования ст. 187 и 188 УПК (время, продолжительность, место допроса; порядок вызова допрашиваемого);

б) закон не запрещает участия одного обвиняемого в допросе другого обвиняемого. Это может обеспечить право стороны непосредственно воспринимать первоисточник доказательства (как в состязательном судебном следствии);

в) допрос несовершеннолетнего обвиняемого обладает существенными особенностями (о них см. ст. 425 УПК и комм. к ней).

6. Часть 4 комм. статьи впервые в отечественном законодательстве ограничивает повторные допросы обвиняемого. Буквальное толкование комм. нормы приводит к выводу, что повторный допрос допускается по инициативе самого обвиняемого только в той части, в которой ранее он отказался от показаний. Однако смысл данной нормы состоит в запрете воздействия на обвиняемого путем многократных повторных допросов. Отсюда следует, что:

1) без просьбы обвиняемого недопустимы: а) повторные допросы в целях добиться от него изменения ранее данных показаний (например, по мнению следователя, ложных); б) другие следственные действия, в которых требуется дача показаний обвиняемого, отказавшегося от дачи показаний на первом допросе (например, проверка его показаний на месте, опознание самим обвиняемым);

2) запрещаются необоснованные вызовы обвиняемого (например, находящегося на подписке о невыезде);

3) сам обвиняемый имеет право на дачу показаний в любой момент. Просьба обвиняемого о повторном допросе может быть заявлена в любое время и подлежит удовлетворению вне зависимости от его согласия или отказа дать показания на первом допросе. Просьба обвиняемого о своем допросе рассматривается по правилам ст. 159 УПК;

4) допрос по новому или измененному обвинению проводится без просьбы обвиняемого.

СТАТЬЯ 174
ПРОТОКОЛ ДОПРОСА ОБВИНЯЕМОГО

1. При каждом допросе обвиняемого следователь составляет протокол с соблюдением требований статьи 190 настоящего Кодекса.

2. В протоколе первого допроса указываются данные о личности обвиняемого:

1) фамилия, имя и отчество;

2) дата и место рождения;

3) гражданство;
4) образование;
5) семейное положение, состав его семьи;
6) место работы или учебы, род занятий или должность;
7) место жительства;
8) наличие судимости;
9) иные сведения, имеющие значение для уголовного дела.

3. В протоколах следующих допросов данные о личности обвиняемого, если они не изменились, можно ограничить указанием его фамилии, имени и отчества.

1. Протокол допроса обвиняемого составляется на бланках, установленных приложениями 94—95, по правилам ст. 166, 190 УПК (см. комм. к ним).

2. Подробные данные о личности обвиняемого могут быть указаны по мере их установления и уточнения не только в протоколе первого допроса.

Об иных сведениях, имеющих значение для дела, которые целесообразно указать в протоколе, см. комм. к ст. 73, 99, 220.

3. Дополнительными особенностями протокола допроса обвиняемого являются: а) запись перед показаниями ответа обвиняемого на вопрос: признает ли он себя виновным по предъявленному обвинению; б) тщательная фиксация объяснений обвиняемого (его версий, предположений, его юридической позиции).

СТАТЬЯ 175
ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПОЛНЕНИЕ ОБВИНЕНИЯ. ЧАСТИЧНОЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Если в ходе предварительного следствия появятся основания для изменения предъявленного обвинения, то следователь в соответствии со статьей 171 настоящего Кодекса выносит новое постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого и предъявляет его обвиняемому в порядке, установленном статьей 172 настоящего Кодекса.

2. Если в ходе предварительного следствия предъявленное обвинение в какой-либо его части не нашло подтверждения, то следователь своим постановлением прекращает уголовное преследование в соответствующей части, о чем уведомляет обвиняемого, его защитника, а также прокурора.

1. Процедура изменения выдвинутого (не обязательно уже предъявленного) обвинения обусловлена обеспечением права обвиняемого на защиту.

Комм. статья регламентирует порядок изменения обвинения только до того момента, пока дело не передано прокурору для утверждения обвинительного заключения (т.е. изменение первоначального обвинения). После этого, в т.ч. в судебном производстве, действуют иные правила изменения обвинения. Их общий смысл состоит в том, что обвинение может быть изменено в сторону его смягчения (см. комм. к ст. 221, 246, 252). Прокурор для ужесточения обвинения вправе вернуть уголовное дело следователю. Если уголовное дело было передано в суд, то обвинение уже не может быть ужесточено (т.к. возвратить для этого дело прокурору суд не вправе).

2. При необходимости изменения обвинения следователь повторяет вновь всю процедуру привлечения лица в качестве обвиняемого: выносит новое постановление о привлечении в качестве обвиняемого, предъявляет измененное обвинение и вновь допрашивает обвиняемого по измененному обвинению. Исключения из этого порядка предусмотрены в ч. 2 комм. статьи.

3. Изменение и дополнение обвинения возможно по двум основным направлениям:

1) изменение или дополнение фактической стороны (объема) обвинения при сохранении уголовно-правовой квалификации деяния: например, изменяется утверждение о времени и месте совершения преступления, включаются дополнительные эпизоды преступной деятельности, изменяются установочные данные обвиняемого и т.д. В этих случаях тяжесть обвинения может увеличиться или остаться прежней, однако возникает, по существу, другое обвинение, от которого обвиняемый должен иметь возможность заново защищаться;

2) изменение или дополнение юридической стороны обвинения. Оно предполагает: а) изменение квалификации деяния на другое преступление, например с кражи (ст. 158 *УК*) на грабеж (ст. 160 *УК*); б) изменение некоторых квалифицирующих признаков данного преступления, например угрозы применения насилия при вымогательстве на угрозу уничтожения или повреждения имущества (ст. 163 *УК*); в) включение в квалификацию преступной деятельности обвиняемого дополнительных составов преступлений (при их совокупности). Причиной этого может служить как изменение фактической стороны обвинения, так и иная уголовно-правовая оценка прежних фактических обстоятельств. Изменение квалификации первоначального обвинения не только в сторону его ужесточения, но даже в сторону смягчения влечет обязанность следователя вынести и предъявить новое постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого.

4. Часть 2 комм. статьи устанавливает основания для частичного прекращения уголовного преследования. Неподтверждение части обвинения — есть изъятие из него одного или нескольких составов преступлений при совокупности.

При уменьшении объема обвинения уголовное преследование прекращается в части в соответствии со ст. 27 УПК. Копия постановления о прекращении преследования направляется заинтересованным лицам и прокурору (см. комм. к ст. 213).

Прекращение преследования в части автоматически не означает незаконности и необоснованности привлечения в качестве обвиняемого по этой части.

5. Юридические последствия изменения обвинения могут быть выражены в смене подследственности уголовного дела, переходе вида обвинения в разряд частного или частно-публичного.

ГЛАВА 24. ОСМОТР. ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ. СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

СТАТЬЯ 176 ОСНОВАНИЯ ПРОИЗВОДСТВА ОСМОТРА

1. Осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

2. В случаях, не терпящих отлагательства, осмотр места происшествия может быть произведен до возбуждения уголовного дела.

1. Осмотр как следственное действие — это личное восприятие и процессуальная фиксация внешних признаков объектов, к которым, как правило, имеется свободный доступ.

Термин «осмотр» свидетельствует о преимущественном применении метода визуального наблюдения. Однако при осмотре объекты воспринимаются всеми органами чувств. Так, в протоколе могут быть зафиксированы результаты прослушивания звукозаписи, температура объекта, резкий запах.

2. Об общих целях и основаниях следственных действий см. комм. к ст. 164.

3. Кодекс указывает две цели следственного осмотра:

а) обнаружение следов преступления. Следы здесь понимаются в широком смысле, в т.ч. к ним относятся предметы, обладающие признаками вещественных доказательств;

б) выяснение других обстоятельств, имеющих значение для дела. Эта цель предполагает выяснение обстановки места осмотра, обнаружение трупов. Не является целью осмотра обнаружение разыскиваемых лиц, т.к. это одна из специальных целей обыска.

Этот список надо дополнить третьей важной целью осмотра (которая вытекает из общих целей любого следственного действия);

в) процессуальная фиксация признаков осматриваемых объектов (в т.ч. с изъятием и упаковкой следов, записью в протоколе).

4. Основанием осмотра являются сведения о том, что в результате обозрения доступного для следователя объекта можно получить имеющую значение для дела информацию. Доступность объекта сводит принуждение при осмотре к минимуму (оцепление, запрет дорожного движения в месте осмотра). Это позволяет проводить осмотр на основе любых данных (даже когда источник осведомленности не известен). Поэтому для производства осмотра не требуется вынесения постановления.

Исключение составляет принудительный осмотр жилища против воли проживающих в нем лиц (см. комм. к ч. 5 ст. 177).

5. Осмотр следует отличать от сходного с ним следственного действия — обыска. Осмотр менее принудителен и имеет более широкие цели (исследование и фиксация обстановки). Изложенное позволяет определить, в каком случае надо проводить осмотр, а в каком — обыск. Самая тонкая грань та, которая отграничивает обыск от принудительного осмотра в жилище. Если проживающие в помещении лица не дают согласия на проведение там следственного действия, но нет причин полагать, что это связано с их намерением сокрыть следы преступления (отказ объясняется другими мотивами: например, нежеланием посвящать посторонних в свою частную жизнь, тратить время на помощь следствию, негативным отношением к правоохранительным органам и т.п.), то имеется основание для проведения осмотра без согласия проживающих лиц (ч. 5 ст. 177). Когда же опасность сокрытия следов преступления этими лицами достаточно вероятна, то имеются основания для проведения обыска. Кроме того, в отличие от обыска, при проведении осмотра не допускается принудительный поиск (в т.ч. вскрытие расположенных внутри жилища хранилищ, повреждение имущества). Принудительный элемент осмотра рассматриваемого вида исчерпывается

исключительно лишь проникновением представителей правоохранительных органов в жилище против воли проживающих в нем лиц — далее он проводится по общим правилам, предусмотренным для этого следственного действия. Однако в обоих случаях на проведение этих следственных действий требуется получение разрешения суда (ст. 165), ибо они ограничивают конституционное право личности на неприкосновенность жилища.

Следственный осмотр следует отграничивать от оперативного обследования объектов и административных досмотра (ст. 27.7, 27.9 *КоАП*) и осмотра (ст. 27.8 *КоАП*), которые не имеют уголовно-процессуальной формы. Результаты оперативных и административных действий после их процессуального собирания в порядке ст. 86 УПК могут стать доказательствами в виде иных документов (ст. 84 УПК).

Осмотр как самостоятельное следственное действие необходимо отличать и от сходных с ним элементов других следственных действий (вскрытие почтово-телеграфных отправлений, изымаемых при обыске предметов, осмотр местности при проверке показаний).

6. Процессуальный закон указывает виды осмотра преимущественно по его объектам:

1) осмотр места происшествия (о нем см. комм. к ч. 2 ст. 176);

2) осмотр местности. В редких случаях местность не совпадает с местом происшествия (когда на объекте осмотра заведомо отсутствуют следы преступления и когда осмотром преследуется цель изучения обстановки). Например, осматривается место, описанное обвиняемым, где он якобы находился в момент совершения преступления (алиби);

3) осмотр жилища. Он может быть связан с принуждением, поэтому особо регламентирован (см. комм. к ч. 5 ст. 177);

4) осмотр иного помещения связан с необходимостью обеспечения присутствия владельца помещения (см. комм. к ч. 6 ст. 177);

5) осмотр предметов и документов (см. комм. к ч. 3 ст. 177);

6) осмотр трупа (см. комм. к ст. 178);

7) в практике принято выделять еще и осмотр животных (которые не подпадают под буквальный смысл термина «предметы»).

7. Часть 2 комм. статьи указывает особенности осмотра места происшествия. Местом происшествия считается то место, где произошло интересующее следствие событие, например, оставлены какие-либо следы преступления. В этом значении (по объекту осмотра) местом происшествия может быть любая местность, жилище, иное помещение, что на практике может вызывать вопросы: например, если жилище является местом происшествия, а проживающие в нем лица возражают против осмотра, то можно ли осмотр *жилища* произвести до возбуждения дела как осмотр *места происшествия*? Представляется, что осмотр места происшествия как разновидность этого следственного действия выделяется не только и не столько по объекту осмотра, сколько по другому критерию — его неотложности. Главное для осмотра места происшествия — наличие неотложной ситуации, угрозы утраты следов преступления и т.д. (о понятии неотложной ситуации см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165). Поэтому *неотложный* осмотр жилища против воли проживающих в нем лиц, если оно является *местом происшествия*, может быть проведен (с соблюдением правил о судебном контроле и прокурорском надзоре, установленных ч. 5 ст. 165) и до возбуждения уго-

ловного дела[1]. В подтверждение такого вывода можно сослаться на бланк постановления следователя (дознавателя) о производстве осмотра жилища в случаях, не терпящих отлагательства (приложение 84 к ст. 476 УПК), в котором упоминается рассмотрение им не только материалов уголовного *дела*, но и доследственной *проверки* (в порядке ст. 144 УПК). При этом особенно важно подчеркнуть, что такой осмотр не должен перерастать в фактический обыск, ибо производство обыска до возбуждения уголовного дела законом не разрешено. Несоблюдение данного ограничения влечет недопустимость всех полученных при этом доказательств.

В судебном следствии также может быть проведен осмотр местности и помещения (ст. 287 УПК), которые вполне могут являться и местом совершения преступления, местом обнаружения следов и которые во время предварительного расследования могли осматриваться как *место происшествия*. Один и тот же объект (например, квартира убитого) во время предварительного расследования может являться местом происшествия, а во время судебного следствия перестает считаться таковым и рассматривается просто как помещение. То есть в судебном следствии никогда не может быть осмотра места происшествия, потому что всегда отсутствует неотложная ситуация.

Из этого вытекают важные практические следствия:

1) до возбуждения уголовного дела можно проводить только неотложный осмотр места происшествия (места, где имеются следы преступления). Под осмотр места происшествия в т.ч. подпадает осмотр местности, помещений и жилища, предметов и документов, трупа (если нет необходимости в принудительной эксгумации), животных;

2) осмотр местности, жилища и иных помещений не является осмотром места происшествия и его нельзя проводить до возбуждения дела, если с его помощью устанавливаются не следы преступления, а иные подлежащие доказыванию обстоятельства. Например, осмотр места жительства несовершеннолетнего обвиняемого для выяснения его условий жизни и воспитания; осмотр места, описанного обвиняемым, где он якобы находился в момент совершения преступления для проверки его алиби;

3) повторного осмотра места происшествия быть не должно. После первого осмотра обычно утрачивается неотложность ситуации, поэтому последующие осмотры являются уже осмотром местности, помещения (а не осмотром места происшествия).

8. Осмотр места происшествия может быть проведен до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела (об этом см. комм. к ст. 146).

СТАТЬЯ 177
ПОРЯДОК ПРОИЗВОДСТВА ОСМОТРА

1. Осмотр производится с участием понятых, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей статьи 170 настоящего Кодекса.

2. Осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте производства следственного действия, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи.

---

[1] В первом издании Комментария к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (СПб.: Питер, 2003) на этот счет была высказана иная точка зрения.

3. Если для производства такого осмотра требуется продолжительное время или осмотр на месте затруднен, то предметы должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписями следователя и понятых на месте осмотра. Изъятию подлежат только те предметы, которые могут иметь отношение к уголовному делу. При этом в протоколе осмотра по возможности указываются индивидуальные признаки и особенности изымаемых предметов.

4. Все обнаруженное и изъятое при осмотре должно быть предъявлено понятым, другим участникам осмотра.

5. Осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения. Если проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то следователь возбуждает перед судом ходатайство о производстве осмотра в соответствии со статьей 165 настоящего Кодекса.

6. Осмотр помещения организации производится в присутствии представителя администрации соответствующей организации. В случае невозможности обеспечить его участие в осмотре об этом делается запись в протоколе.

1. Об общих правилах производства следственных действий см. комм. к ст. 164.

2. Об участии понятых в осмотре см. комм. к ст. 170.

3. Детальное регулирование порядка осмотра места происшествия устанавливается ведомственными нормативными актами (например, выезд и обязанности участников следственно-оперативной группы, группы немедленного реагирования). До осмотра места происшествия орган дознания обеспечивает пресечение преступления, помощь пострадавшим, захват преступников, установление очевидцев, охрану места происшествия.

4. Осмотр предметов и документов по общему правилу проводится в рамках того следственного действия, в котором они изымаются[1]. Такой осмотр не является самостоятельным следственным действием и как часть обыска, выемки, осмотра места происшествия фиксируется в соответствующем протоколе.

5. Как самостоятельная разновидность следственного осмотра осмотр предметов и документов проводится в кабинете следователя, при «затруднениях» для осмотра на месте: большой объем предметов, плохие погодные условия, ночное время, необходимость привлечения к осмотру специалиста, отсутствие нужного оборудования (скажем, для просмотра изъятых видеокассет). Самостоятельный осмотр предметов требуется и в том случае, если они были собраны не в ходе следственных действий, а путем представления или истребования (см. комм. к ст. 86).

Специальная цель осмотра предметов — обеспечение их дальнейших исследований и подтверждение идентификации (тождества). По этой причине особое внимание закон уделяет изъятию, упаковке и удостоверению предметов (ч. 3 ст. 177). В протоколе должны быть указаны: место обнаружения предметов, по возможности их индивидуальные признаки и, во всяком случае, — способы упаковки предметов и ее удостоверения.

Сомнение в том, что данный предмет является именно тем, который был изъят с места происшествия, трудно опровержимы и влекут утрату ими доказательственного значения.

---

[1] См. определение ВС РФ от 21.03.2006 г. № 14-о06-6.

Из специальной цели осмотра предметов вытекает необходимость его производства до их экспертного исследования. В результате осмотра предмета дополнительно выясняется необходимость назначения экспертизы.

Отношение изымаемых предметов к делу (как признак относимости доказательств) во время изъятия устанавливается предположительно, в результате первоначальной оценки (см. комм. к ст. 88).

6. Все имеющие значение для дела обстоятельства должны восприниматься участниками осмотра лично и во время обнаружения (об этом см. комм. к ст. 170).

7. Особый порядок установлен для осмотра жилища, неприкосновенность которого обеспечивается конституционным требованием (ст. 25 Конституции РФ).

О понятии жилища см. комм. к п. 10 ст. 5.

Для осмотра жилища требуется согласие проживающих в нем лиц. Это согласие может быть получено до осмотра письменно или устно. Устное согласие должно быть отражено в протоколе осмотра. При согласии осмотр жилища производится в общем порядке.

Иногда возникает проблема, когда в одном жилище проживает несколько человек, одни из которых согласны на осмотр, а другие против этого возражают либо их согласие не получено (например, ввиду отсутствия в данный момент в месте жительства). Например, родственники заподозренного утверждают о совместном с ним проживании и дают согласие на осмотр жилища, а сам заподозренный выступает против осмотра. Представляется, что для решения этой проблемы необходимо учитывать наличие: а) явных возражений (письменных) проживающих лиц; б) необходимость применения принуждения. Если хотя бы одно полностью дееспособное проживающее лицо по своему согласию впустило в жилище следователя для осмотра, то он считается проведенным с согласия, при условии, что до начала осмотра не поступило возражений от остальных проживающих. Если даже при согласии большинства проживающих приходится *принудительно* проникать в жилище ввиду возражений хотя бы одного проживающего в нем лица, то осмотр считается производимым без согласия.

Осмотр жилища при возражениях проживающих в нем лиц является разновидностью *принудительного* следственного осмотра. Он производится по судебному решению, получаемому в порядке ст. 165 УПК. Представляется, что, принимая в судебном заседании (ч. 2—4 ст. 165) решение о производстве осмотра жилища против воли проживающих в нем лиц, суд должен основываться прежде всего на представленных ему органами предварительного расследования доказательствах (см. об этом п. 2 комм. к ст. 165).

В *неотложной* ситуации осмотр жилища без согласия проживающих в нем лиц может быть проведен и без судебного решения и санкции прокурора в порядке ч. 5 ст. 165 УПК (см. комм. к ней и к ч. 1 ст. 12). При этом для принятия следователем (дознавателем, органом дознания) решения о неотложном проведении такого осмотра жилища могут использоваться не только доказательства, но и иные данные, в т.ч. материалы доследственной *проверки* (см. приложение 84 к ст. 476 УПК), результаты непосредственного восприятия им сопутствующих обстоятельств (например, факта отказа проживающих лиц впустить его в жилище, угрозы утраты следов преступления и т.д.), а также следственный опыт.

8. Часть 6 комм. статьи нуждается в расширительном толковании, т.к. в действительности она имеет значение общего правила. Должны быть приняты меры обеспе-

чения присутствия при осмотре не только представителя администрации организации, владеющей осматриваемым помещением, а владельца (его представителя) любого осматриваемого объекта.

СТАТЬЯ 178
ОСМОТР ТРУПА. ЭКСГУМАЦИЯ

1. Следователь производит осмотр трупа с участием понятых, судебно-медицинского эксперта, а при невозможности его участия — врача. При необходимости для осмотра трупа могут привлекаться другие специалисты.

2. Неопознанные трупы подлежат обязательному фотографированию и дактилоскопированию. Кремирование неопознанных трупов не допускается.

3. При необходимости извлечения трупа из места захоронения следователь выносит постановление об эксгумации и уведомляет об этом близких родственников или родственников покойного. Постановление обязательно для администрации соответствующего места захоронения. В случае, если близкие родственники или родственники покойного возражают против эксгумации, разрешение на ее проведение выдается судом.

4. Эксгумация и осмотр трупа производятся с участием лиц, указанных в части первой настоящей статьи.

5. Расходы, связанные с эксгумацией и последующим захоронением трупа, возмещаются родственникам покойного в порядке, установленном статьей 131 настоящего Кодекса.

1. Осмотр трупа может быть частью осмотра места происшествия (и быть проведен до возбуждения дела), местности, жилища или иного помещения. При этом его особенности, установленные комм. статьей, все равно должны быть соблюдены. Не является нарушением закона оформление осмотра трупа отдельным протоколом (приложение 5 к ст. 476 УПК).

Осмотр трупа как самостоятельное следственное действие производится, когда на месте обнаружения его осмотреть не удалось (например, труп уже увезли в морг) или когда труп обнаружен в результате обыска (ч. 16 ст. 182), извлечен из места захоронения.

2. Особенностями осмотра трупа являются:

1) обязательное участие в нем специалиста в области судебной медицины, а при невозможности его участия — иного врача. Действия специалиста — судебно-медицинского эксперта — во время осмотра дополнительно регламентируются Инструкцией по организации и производству экспертных исследований в бюро судебно-медицинской экспертизы, утв. приказом Минздрава РФ от 24.04.2003 г. № 161;

2) применение технических средств фиксации при осмотре неопознанного трупа, запрет его кремирования;

3) наличие специальной меры принуждения, обеспечивающей осмотр трупа, — эксгумации.

3. Эксгумация сама по себе не является следственным действием, обеспечивая последующее производство осмотра трупа, предъявление его для опознания, экспертного исследования. В то же время ч. 4 комм. статьи требует присутствия при эксгу-

мации всех участников осмотра трупа. По смыслу закона, обстоятельства эксгумации должны быть зафиксированы в протоколе осмотра (приложение 44 к ст. 476 УПК).

Эксгумация охватывает случаи извлечения трупа из мест только официального захоронения.

О понятии родственников см. комм. к п. 4, 37 ст. 5.

В целях соблюдения прав и законных интересов родственников покойного их целесообразно заблаговременно уведомлять копией мотивированного постановления об эксгумации. Учитывая, что УПК не относит эксгумацию к числу неотложных процессуальных действий (ч. 5 ст. 165), без судебного разрешения эксгумацию можно проводить при:

а) отсутствии у покойного родственников;

б) получении согласия родственников (например, в виде отметки на постановлении об эксгумации);

в) наличии данных о том, что родственники извещены об эксгумации и не выразили возражений в течение достаточного времени (расписка в получении ими заказного письма с копией постановления об эксгумации).

При возражении родственников эксгумация трупа производится по решению суда. Для этого должна применяться процедура, предусмотренная ст. 165 УПК.

4. О возмещении расходов на эксгумацию и последующее захоронение см. комм. к ст. 131, 132.

СТАТЬЯ 179
ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ

1. Для обнаружения на теле человека особых примет, следов преступления, телесных повреждений, выявления состояния опьянения или иных свойств и признаков, имеющих значение для уголовного дела, если для этого не требуется производство судебной экспертизы, может быть произведено освидетельствование подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, а также свидетеля с его согласия, за исключением случаев, когда освидетельствование необходимо для оценки достоверности его показаний.

2. О производстве освидетельствования следователь выносит постановление, которое является обязательным для освидетельствуемого лица.

3. Освидетельствование производится следователем. При необходимости следователь привлекает к участию в производстве освидетельствования врача или другого специалиста.

4. При освидетельствовании лица другого пола следователь не присутствует, если освидетельствование сопровождается обнажением данного лица. В этом случае освидетельствование производится врачом.

5. Фотографирование, видеозапись и киносъемка в случаях, предусмотренных частью четвертой настоящей статьи, проводятся с согласия освидетельствуемого лица.

1. Освидетельствование как следственное действие представляет собой процессуальный осмотр подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля для установления на их теле следов преступления или особых примет. Специфический объект

осмотра — тело живого человека — обусловливает особый порядок данного следственного действия, связанный с принуждением и повышенными гарантиями прав граждан.

2. Систематическое толкование закона позволяет выделить три цели освидетельствования, состоящих в обнаружении и процессуальной фиксации:

1) особых примет (физиологические дефекты, родимые пятна, татуировки, рубцы, следы операции др.);

2) следов преступления (наличие телесных повреждений: царапин, ран, гематом; пятен крови, частиц волос, микрочастиц и др.);

3) внешних признаков освидетельствуемого лица, которые не являются особыми приметами. Например, рост, вес, цвет волос. Это может быть необходимо, например, для следственного эксперимента.

Обнаружение телесных повреждений не является самостоятельной целью освидетельствования, т.к. телесные повреждения предстают или в виде особых примет (отсутствие пальца на ноге обвиняемого), или в виде следов преступления (травмы потерпевшего).

УПК РФ допускает проведение освидетельствования для выявления состояния опьянения. Однако следует учитывать, что состояние опьянения является внутренним, порой достаточно скрытым свойством, которое иногда недоступно непосредственному наблюдению — основному методу любого осмотра. Установление состояния и степени опьянения может нуждаться в применении самостоятельного исследования на основе специальных медицинских познаний. Так, в наркологии существует достаточно сложная методика выявления опьянения, в т.ч. с отбором образцов для исследования и использованием специальных приборов. С помощью процессуального освидетельствования можно установить лишь некоторые признаки опьянения (запах алкоголя, следы от инъекций и т.п.), но сделать достоверный вывод о факте опьянения, о его виде и степени, не допуская при этом подмены экспертизы, порой довольно трудно. В подобных сложных случаях участие врача-нарколога в процессуальном освидетельствовании не может заменить экспертизу (как и участие судебно-медицинского эксперта в осмотре трупа), а является лишь подготовительным действием к ее проведению. Вместе с тем освидетельствование явного состояния опьянения, не требующее самостоятельных исследований, может иметь значение, например для подкрепления результатов оценки следователем показаний такого лица как недостоверных.

3. Процессуальное освидетельствование (как следственное действие) необходимо отличать от судебно-медицинского (или медицинского — ст. 27.12 *КоАП*) освидетельствования, которое проводится для определения степени тяжести вреда здоровью, состояния опьянения. Судебно-медицинское освидетельствование является непроцессуальным исследованием и регламентировано законодательством о здравоохранении. Акт судебно-медицинского освидетельствования является не чем иным, как заключением специалиста (ч. 3 ст. 80 УПК).

4. Основанием для освидетельствования служат сведения (часто предположительные) о наличии следов на теле, которые требуется установить.

5. Часть 1 комм. статьи предусматривает два условия освидетельствования:

1) отсутствие оснований для производства (точнее — назначения) судебной экспертизы. Этим основанием является необходимость специального исследования. Об основаниях назначения экспертизы см. комм. к ст. 195. В частности, недопустимо

путем освидетельствования устанавливать характер и степень вреда, причиненного здоровью; психическое состояние, возраст освидетельствуемого. В этих случаях обязательно назначение экспертизы (ст. 196 УПК);

2) согласие свидетеля на его освидетельствование. Исключение составляет «необходимость оценки достоверности показаний свидетеля». Данная норма нуждается в пояснениях. Закон предусматривает «оценку», а не «проверку» его показаний. Для проверки психических способностей свидетеля (по аналогии с потерпевшим) нужна экспертиза (п. 4 ст. 196), для проверки его способности восприятия, запоминания и воспроизведения информации нужен следственный эксперимент. Для оценки достоверности показаний остается необходимость выявления состояния опьянения в момент допроса.

Освидетельствование может быть проведено после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, но до получения согласия прокурора на возбуждение дела. См. комм. к ст. 146.

6. Об общих правилах производства следственных действий см. комм. к ст. 164.

7. Комм. статья предусматривает следующие особенности производства освидетельствования:

1) необходимость вынесения мотивированного постановления для контроля за обоснованностью принуждения (приложение 69 к ст. 476 УПК);

2) освидетельствование, связанное с обнажением, производится только в присутствии лиц одного пола с освидетельствуемым лицом (кроме врача, который может быть любого пола). Вместо следователя другого пола освидетельствование производится врачом. Это обеспечивает принцип уважения чести и достоинства граждан (ст. 21 Конституции РФ, ст. 9 УПК);

3) при освидетельствовании, связанном с обнажением, технические средства фиксации изображения применяются только при согласии освидетельствуемого;

4) при производстве освидетельствования не обязательно участие понятых. Однако в силу использования объективного метода наблюдения их участие целесообразно и должно быть обеспечено по ходатайству заинтересованных лиц, может быть обеспечено и по инициативе следователя (см. комм. к ст. 170).

8. Изъятие в ходе освидетельствования объектов (например, смыва крови, подногтевого вещества) и фиксация хода и результатов производятся по общим правилам осмотра. Бланк протокола освидетельствования установлен приложением 70 к ст. 476 УПК.

СТАТЬЯ 180
ПРОТОКОЛЫ ОСМОТРА И ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЯ

1. Протоколы осмотра и освидетельствования составляются с соблюдением требований настоящей статьи, статей 166 и 167 настоящего Кодекса.

2. В протоколах описываются все действия следователя, а также все обнаруженное при осмотре и (или) освидетельствовании в той последовательности, в какой производились осмотр и освидетельствование, и в том виде, в каком обнаруженное наблюдалось в момент осмотра и освидетельствования. В протоколах перечисляются и описываются все предметы, изъятые при осмотре и (или) освидетельствовании.

3. В протоколах также должно быть указано, в какое время, при какой погоде и каком освещении производились осмотр или освидетельствование, 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.

1. О составлении протокола осмотра и освидетельствования см. ст. 166, 167 и комм. к ним.

2. В некоторых случаях все изъятые предметы могут не перечисляться и не описываться с учетом требований ч. 3 ст. 177 УПК. В протоколе может быть сделана запись об изъятии и упаковке неопределенного количества предметов из емкости или самой емкости. Например, «содержимое автомобильного фургона в виде печатной продукции порнографического характера упаковывается в десять картонных коробок».

3. Для оценки результатов осмотра существенное значение имеют условия наблюдения, которые подлежат занесению в протокол.

4. При изъятии предметов в ходе осмотра целесообразно копию протокола вручить их владельцам. При производства осмотра жилища против воли проживающих в нем лиц без судебного решения (по ч. 5 ст. 165 УПК) копия протокола осмотра должна быть вручена им по их требованию. Это необходимо для обеспечения права на обжалование.

СТАТЬЯ 181
СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

В целях проверки и уточнения данных, имеющих значение для уголовного дела, следователь вправе произвести следственный эксперимент путем воспроизведения действий, а также обстановки или иных обстоятельств определенного события. При этом проверяется возможность восприятия каких-либо фактов, совершения определенных действий, наступления какого-либо события, а также выявляются последовательность происшедшего события и механизм образования следов. Производство следственного эксперимента допускается, если не создается опасность для здоровья участвующих в нем лиц.

1. Следственный эксперимент как специальное проверочное следственное действие не относится к числу неотложных.

Содержание данного следственного действия составляют экспериментальные, исследовательские действия, однако не связанные с использованием специальных познаний. В этом состоит отличие эксперимента от экспертизы и это является его специальным условием.

Запреты создания опасности для здоровья, унижения достоинства, повреждения имущества — это общие правила производства следственных действий (о них см. комм. к ст. 164).

2. В ходе эксперимента опытные действия могут повторяться неоднократно, с изменением каких-либо параметров.

3. Следственный эксперимент как моделирование должен быть подчинен общему правилу — точности воссоздания условий, при которых происходили проверяе-

мые действия или события. Модель объективно отражает лишь некоторые признаки объекта — оригинала. В зависимости от этих проверяемых признаков определяется и степень точности воссоздания условий (субъект действия, время, место, освещение и др.). Степень точности воссоздания модели является важнейшим критерием для оценки достоверности результатов эксперимента.

4. Выделяется несколько видов следственного эксперимента, которые по содержанию можно условно объединить в две группы:

1) состоящие в воспроизведении действий (волевых актов);

2) состоящие в реконструкции событий (обстоятельств, не зависящих от воли человека).

По целям первая группа делится на эксперименты по установлению возможности: а) восприятия какого-либо факта в определенных условиях (мог ли свидетель видеть, слышать с такого расстояния); б) совершения определенного действия (мог ли обвиняемый проникнуть в помещение через форточку, вынести такой объем вещей за установленное время); в) совершения действий, требующих специальных навыков (мог ли обвиняемый изготовить наркотик с помощью данного оборудования, мог ли потерпевший завязать морской узел).

Вторая группа экспериментов, состоящих в реконструкции события, проводится для установления: а) возможности наступления какого-либо явления или факта (может ли образоваться на данном проломе паутина за 15 часов); б) механизма события в целом или отдельных его деталей (влекут ли определенные действия расцепление монтажного пояса); в) механизма образования следов (какие инструменты, изъятые у обвиняемого, оставляют сходные следы взлома).

5. Обязательными участниками данного следственного действия являются понятые (ст. 170). О других обязательных и факультативных участниках см. комм. к ст. 164.

6. О правилах производства следственного действия см. комм. к ст. 164—170.

7. Бланк протокола следственного эксперимента установлен приложением 107 к ст. 476 УПК.

ГЛАВА 25. ОБЫСК. ВЫЕМКА. НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ПОЧТОВО-ТЕЛЕГРАФНЫЕ ОТПРАВЛЕНИЯ. КОНТРОЛЬ И ЗАПИСЬ ПЕРЕГОВОРОВ

СТАТЬЯ 182 ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ПРОИЗВОДСТВА ОБЫСКА

1. Основанием производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела.

2. Обыск производится на основании постановления следователя.

3. Обыск в жилище производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса.

4. До начала обыска следователь предъявляет постановление о его производстве, а в случаях, предусмотренных частью третьей настоящей статьи, — судебное решение, разрешающее его производство.

5. До начала обыска следователь предлагает добровольно выдать подлежащие изъятию предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела. Если они выданы добровольно и нет оснований опасаться их сокрытия, то следователь вправе не производить обыск.

6. При производстве обыска могут вскрываться любые помещения, если владелец отказывается добровольно их открыть. При этом не должно допускаться не вызываемое необходимостью повреждение имущества.

7. Следователь принимает меры к тому, чтобы не были оглашены выявленные в ходе обыска обстоятельства частной жизни лица, в помещении которого был произведен обыск, его личная и (или) семейная тайна, а также обстоятельства частной жизни других лиц.

8. Следователь вправе запретить лицам, присутствующим в месте, где производится обыск, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска.

9. При производстве обыска во всяком случае изымаются предметы и документы, изъятые из оборота.

10. Изъятые предметы, документы и ценности предъявляются понятым и другим лицам, присутствующим при обыске, и в случае необходимости упаковываются и опечатываются на месте обыска, что удостоверяется подписями указанных лиц.

11. При производстве обыска участвуют лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи. При производстве обыска вправе присутствовать защитник, а также адвокат того лица, в помещении которого производится обыск.

12. При производстве обыска составляется протокол в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса.

13. В протоколе должно быть указано, в каком месте и при каких обстоятельствах были обнаружены предметы, документы или ценности, выданы они добровольно или изъяты принудительно. Все изымаемые предметы, документы и ценности должны быть перечислены с точным указанием их количества, меры, веса, индивидуальных признаков и по возможности стоимости.

14. Если в ходе обыска были предприняты попытки уничтожить или спрятать подлежащие изъятию предметы, документы или ценности, то об этом в протоколе делается соответствующая запись и указываются принятые меры.

15. Копия протокола вручается лицу, в помещении которого был произведен обыск, либо совершеннолетнему члену его семьи. Если обыск производился в помещении организации, то копия протокола вручается под расписку представителю администрации соответствующей организации.

16. Обыск может производиться и в целях обнаружения разыскиваемых лиц и трупов.

1. Обыск представляет собой процессуальный принудительный поиск, осуществляемый в определенном месте, находящемся в законном владении определенного лица, с целью обнаружения, изъятия и фиксации предметов и документов, которые могут иметь значение для дела, а также *разыскиваемых* лиц и трупов (ст. 182, 184 УПК).

Обыск следует отличать от схожих с ним административных действий: досмотра вещей, личного досмотра (ст. 27.7 *КоАП*), досмотра транспортного средства (ст. 27.9 *КоАП*), изъятия вещей и документов (ст. 27.10 *КоАП*).

Обыск является розыскным следственным действием, поэтому представляется, что он не может быть произведен в суде.

2. Основаниями для производства обыска являются достаточные данные о том, что:

а) в чьем-либо законном (титульном) владении (каком-либо месте, у какого-либо лица) могут находиться объекты, имеющие значение для уголовного дела (предметы и документы, живые разыскиваемые лица или трупы);

б) существует опасность (вероятность) сокрытия или уничтожения этих объектов.

Принудительность обыска отличает его от следственного осмотра, в ходе которого также могут быть обнаружены и изъяты следы преступления. Принудительный характер поиска при обыске объясняется наличием *опасности сокрытия* искомых предметов и документов, что отличает его от следственного осмотра, а также добровольной выдачи (ч. 5 ст. 182 УПК). Одним из доказательственных фактов наличия такой опасности является *отказ* владельца помещений или хранилищ, где производится обыск, добровольно их открыть (ч. 6 ст. 182). Но один лишь отказ владельца в предоставлении следователю доступа в помещение еще недостаточен для проведения обыска. Если достоверно известно, что он не сопровождается опасностью сознательного укрытия искомых объектов, а продиктован иными причинами (например, нежеланием владельца жилища раскрывать обстоятельства своей частной жизни), то должен быть проведен осмотр помещения, в т.ч. без согласия проживающих в нем лиц (ч. 5 ст. 177).

Впрочем, и при наличии свободного доступа в указанные помещения (согласие владельца получено) опасность сокрытия искомых объектов все-таки может сохраняться, если имеются основания полагать, что все эти объекты (или часть их) все же сознательно укрывают от следствия. В этом случае также производится не осмотр помещения, а его обыск.

Обыск необходимо отграничивать от осмотра и по конечным *целям*. Хотя цели обыска частично и совпадают с целями осмотра, но все же отличаются от них. Как и осмотр, обыск, в конечном итоге, предназначен для обнаружения, фиксации и изъятия объектов, имеющих значение для уголовного дела. Однако при обыске объектами поиска являются предметы, документы (в т.ч. орудия преступления и ценности), трупы, тогда как при осмотре могут устанавливаться, кроме того, и следы преступления (например, отпечатки пальцев). В отличие от осмотра, целью обыска может быть и обнаружение разыскиваемых живых лиц (ч. 16 ст. 182). При проведении обыска, так же как и при осмотре, может фиксироваться *окружающая обстановка*, однако не с целью восстановления общей картины происшествия, а только для выяснения обстоятельств обнаружения, хранения и изъятия искомых объектов[1].

Факультативно обыск может отличаться от осмотра и по *месту проведения*. Обыск всегда производится в месте или помещении, которое находится *в законном (титуль-*

[1] Впрочем, иногда это может «попутно» иметь значение и для установления механизма события преступления (например, когда обнаружен труп, сокрытый в помещении, где произошло убийство).

ном)[1] *владении* определенного физического, юридического лица или государственного органа, в то время как осмотр может проводиться как в титульном владении (например, в жилище), так и в месте, у которого нет конкретного владельца (например, на улице населенного пункта; в лесном массиве, не находящемся в чьей-либо частной собственности, в заброшенном бесхозном строении), либо владение которым является беститульным. Проводить обыск в таких случаях избыточно, и можно ограничиться осмотром или проверкой показаний на месте (например, когда необходимо отыскать и изъять похищенное имущество, спрятанное подозреваемым в заброшенном бесхозном строении, в котором он скрывался). При этом сомнения в законном (титульном) характере владения должны толковаться в пользу фактического владельца, у которого в этом случае проводится не осмотр, а обыск (при условии, если есть опасность сокрытия искомых объектов).

В определенных случаях беститульное фактическое владение *в порядке исключения* все же может порождать определенные юридические последствия. Так, лицо, осуществившее самовольную постройку, не приобретает на нее право собственности (беститульное владение), самовольная постройка подлежит сносу осуществившим ее лицом либо за его счет (ч. 2 ст. 222 *ГК*). Однако при определенных условиях за таким лицом может быть признано право собственности на самовольную постройку, поэтому при прочих равных условиях в самовольно возведенном сооружении, как представляется, должен проводиться обыск.

Может сложиться и другая ситуация, когда предмет, выступающий в качестве хранилища, в котором необходимо предпринять поиск, находится в чьей-либо собственности, но *выбыл из владения* собственника в результате уголовно противоправных действий (например, угона судна или автомобиля). Представляется, что в таком случае следует провести осмотр, а не обыск, ибо признак титульного *владения* здесь также отсутствует (например, при обнаружении и изъятии в угнанной машине оружия и взрывных устройств после задержания пользовавшихся ею террористов).

3. При выдвижении предположения о местонахождении искомых объектов в целях проведения обыска могут учитываться не только доказательства, но и непроцессуальная информация (например, результаты ОРМ). Однако следует помнить, что обыск затрагивает ключевые конституционные права человека, в связи с чем одна только непроцессуальная информация, без наличия уголовно-процессуальных доказательств, не может обосновать его проведение (особенно при даче судьей разрешения на обыск в порядке ч. 2—4 ст. 165 УПК — см. об этом п. 2 комм. к указанной статье). Представляется, что только доказательствами может обосновываться (хотя и на вероятностном уровне) предположение о том, *у кого* могут находиться искомые объекты, в то время как предположение о том, *где* именно они находятся — в данном помещении или на участке местности, может базироваться как на доказательствах, так и на иной непроцессуальной информации, а также просто на следственном опыте.

Об условиях для производства обыска см. комм. к ст. 164.

4. Основания и содержание обыска отличают его от сходного с ним следственного действия — выемки. Для обыска нужны вероятные данные об искомом предмете

---

[1] Титульное владение — владение, основанное на каком-либо праве. В отличие от этого беститульное (фактическое) владение не основывается на каком-либо правовом основании (см. Большой юридический словарь. М. : ИНФРА-М, 1997. С. 694).

и его местонахождении, содержание обыска составляют поисковые действия, обследование. Для выемки нужно точно (достоверно) знать, какой предмет и где он находится (ч. 1 ст. 183), поэтому поисковых действий нет.

5. Часть 2 комм. статьи требует для производства обыска вынесения постановления, что объясняется необходимостью контроля над этой принудительной мерой.

Буквальное толкование ч. 2 ст. 29 и ст. 182 УПК позволяет прийти к неверному, на наш взгляд, выводу, что только личный обыск и обыск в жилище производятся по судебному решению (ч. 3 ст. 182), а все остальные без исключения виды обыска не требуют дополнительных санкций. Закон не содержит и прямого требования о необходимости получать *санкцию прокурора* на какой-либо вид обыска. В то же время процессуальные нормы и гарантии надо рассматривать с учетом их целей, причем так, чтобы их буквальное или даже формально-логическое толкование не приводило к явным противоречиям (абсурду). Так, следует принять во внимание то обстоятельство, что обыск по меньшим основаниям и серьезнее ограничивает права граждан, чем выемка. В то же время некоторые виды выемки требуют судебного решения (выемка документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях, — п. 7 ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 183) или санкции прокурора (выемка документов, содержащих охраняемую законом тайну, — ч. 3 ст. 183). Но в тех же случаях, если исходить из буквального толкования закона, обыск производится без всякого разрешения или санкции, к тому же не на достоверном (как это требуется для выемки), а всего лишь на вероятном основании. Тогда особое санкционирование выемки теряло бы всякий смысл. В самом деле, зачем следователю обосновывать в суде доказательствами необходимость выемки банковских документов, если он вместо этого может произвести обыск в кредитном учреждении и изъять их без какого-либо разрешения? Это явное противоречие дает основание для расширительного толкования норм, содержащихся в п. 7 ч. 2 ст. 29 и ч. 3—4 ст. 183 УПК.

Согласно такому толкованию принудительное изъятие (не только при выемке, но и при обыске) документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях, нуждается, по нашему мнению, в судебном разрешении, а любых документов, содержащих охраняемую ФЗ тайну, — в санкции прокурора.

Следует учесть, что ряд ФЗ предусматривает необходимость получения судебного решения на производство отдельных видов обыска. Эти законы имеют приоритет перед УПК, поскольку они специально предназначены для регулирования обособленных групп общественных отношений. Конституционный Суд РФ последовательно указывает на недопустимость проведения обыска без судебного разрешения:

а) в отношении адвоката, в т.ч. в жилых и служебных помещениях, используемых для адвокатской деятельности[1];

б) в отношении предметов и документов, содержащих аудиторскую тайну[2].

6. Процессуальными особенностями обладают обыск в неотложной ситуации (ст. 157, ч. 5 ст. 165), обыск в жилище (ч. 3 ст. 182), в ином помещении или участке

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.11.2005 г. № 439-О; ч. 3 ст. 8 ФЗ РФ от 31.05.2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

[2] См. Определение КС РФ от 02.03.2006 г. № 54-О; ст. 8 ФЗ от 07.08.2001 г. «Об аудиторской деятельности».

местности, личный обыск (ст. 184), обыск в отношении лиц, обладающих иммунитетом (ч. 2 ст. 3, ч. 3 и 4 ст. 450).

7. Обыск в жилище для обеспечения конституционного права на неприкосновенность жилища (ст. 25 Конституции РФ) производится по судебному решению, кроме не терпящих отлагательства случаев (см. комм. к ч. 5 ст. 165).

О понятии жилища см. п. 10 ст. 5.

Об отличии обыска в жилище от принудительного осмотра в жилище см. комм. к ч. 1 ст. 176.

8. Об общих правилах производства следственных действий см. комм. к ст. 164—170.

9. В качестве особенностей производства обыска комм. статья признает:

1) следователь начинает обыск с предъявления постановления, а в необходимых случаях — и судебного решения или санкции прокурора на постановлении;

2) до начала поисковых действий следователь предлагает добровольно выдать искомые объекты и предметы, изъятые из оборота. Добровольная выдача предмета до начала поисковых действий имеет юридическое значение доказательственного факта: а) деятельного раскаяния (как основания для прекращения дела по ст. 28 УПК, как смягчающего обстоятельства), если выдавшее предмет лицо еще могло иначе распорядиться им (уничтожить наркотики[1]); б) опровергающего версию о подбрасывании предмета во время обыска; в) подтверждающего осознанное владение этим предметом.

Согласно примечаниям к ст. 222 и 228 *УК* (в ред. от 08.12.2003 г.) не признается добровольной сдачей изъятие наркотиков или оружия во время производства обыска и, следовательно, не освобождает от уголовной ответственности. Однако следует учесть, что добровольная сдача может начаться раньше обыска и повлечь освобождение от уголовной ответственности вне зависимости от способа фактического изъятия оружия или наркотиков. Например, гражданин по телефону заявляет в милицию о своем желании добровольно сдать оружие, которое затем изымается в ходе обыска.

Судебная практика устанавливает обязанность органов расследования предоставить возможность обвиняемому (подозреваемому) добровольно выдать оружие или наркотики с тем, чтобы он мог воспользоваться положениями уголовного закона, согласно которым лицо, добровольно выдавшее оружие, освобождается от уголовной ответственности[2];

3) во время обыска на присутствующих лиц могут быть возложены дополнительные ограничения: а) запрет покидать место обыска, б) общаться друг с другом или иными лицами (звонить по телефону). Запрет может касаться и присутствующего адвоката;

4) производится изъятие предметов, предположительно относящихся к делу. Дополнительно изымаются предметы, изъятые из гражданского оборота.

При этом следует учесть, что обязательно изымаются предметы, полностью запрещенные к обращению (изъятые из оборота), — ч. 2 ст. 129 *ГК*. К ним относятся:

---

[1] См. п. 19 постановления Пленума ВС РФ от 15.06.2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами».

[2] См. постановление Президиума ВС РФ от 26.03.2003 г. № 969п02.

порнографические издания, поддельные денежные знаки, «кустарно» изготовленные оружие, наркотики, взрывчатые вещества и взрывные устройства. При обыске могут быть изъяты и вещи, оборот которых ограничен (ч. 2 ст. 129 *ГК*). Эти предметы изымаются при отсутствии надлежащего разрешения на владение ими:

— оружие[1];

— наркотические средства, психотропные вещества, сильнодействующие яды[2];

— государственные награды[3].

Согласно перечню видов продукции и отходов производства, свободная реализация которых запрещена (утв. Указом Президента РФ от 22.02.92 г. № 179), к вышеуказанному списку следует добавить: стратегические материалы; элементы вооружения, специальную экипировку, военную документацию; предметы, связанные с системами связи военного назначения; предметы, связанные с боевыми отравляющими веществами; радиоактивные материалы; приборы и оборудование с использованием радиоактивных веществ и изотопов; шифровальную технику; спирт этиловый; отходы радиоактивных материалов; отходы взрывчатых веществ; отходы, содержащие драгоценные и редкоземельные металлы и драгоценные камни; лекарственные средства, за исключением лекарственных трав; средства для негласного получения информации.

Изъятию в ходе обыска подлежат и государственные награды обвиняемого (если он обвиняется в таком преступлении, за которое возможно лишение наград);

5) особенностью производства обыска является требование обязательного обеспечения участия в нем лица, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетних членов его семьи. По смыслу УПК к участию в обыске привлекаются владелец обыскиваемого объекта (а не только помещения), либо его представитель (аналогия ч. 6 ст. 177 и ч. 15 комм. статьи), либо проживающие в жилище лица. Невыполнение этого требования, при наличии возможности его выполнить, является существенным нарушением процессуального закона (ч. 3 ст. 7) и влечет недопустимость полученных доказательств[4].

В неотложных ситуациях участие владельца обеспечить невозможно. УПК (ч. 6 ст. 177) предусматривает лишь запись в протоколе об этом. Более удачной была аналогичная норма УПК РСФСР (ч. 2 ст. 169), допускающая приглашение представителя жилищно-эксплуатационной организации или местного самоуправления. Представляется, что на уровне рекомендации ее целесообразно использовать и в настоящее время.

Следователь не вправе отказать в присутствии при производстве обыска защитнику (п. 5 ч. 1 ст. 53 УПК) или адвокату владельца обыскиваемого объекта. Более того, для обеспечения гарантий допустимости результатов обыска следователю целесообразно привлекать к участию в деле защитника или адвоката. При этом вполне могут быть соблюдены требования внезапности обыска (защитник приглашается в кабинет следователя в определенное время для участия в каких-то следственных действиях, лишь после начала обыска он только узнает, что это обыск).

---

[1] ФЗ от 13.12.96 г. «Об оружии».

[2] ФЗ от 08.01.98 г. «О наркотических средствах и психотропных веществах».

[3] Пункт 19 Указа Президента РФ от 02.03.94 г. № 442 «О государственных наградах Российской Федерации».

[4] См. постановление Президиума ВС РФ № 969п-02 по делу Протасова.

С учетом официального толкования Конституции РФ, данного в Постановлении КС РФ от 27.06.2000 г. № 11-П по делу Маслова, лицо, в отношении которого проводится обыск с целью уличения его в совершении преступления, обладает *правом на защиту*, т.к. находится в положении подозреваемого в конституционном смысле слова. Поэтому его адвокат должен обладать всеми правами защитника.

10. Запрет повреждения имущества без необходимости и запрет разглашать обстоятельства частной жизни являются общими правилами следственных действий (о них см. комм. к ст. 164).

Не вызванное необходимостью повреждение имущества влечет дисциплинарную, гражданско-правовую, а в некоторых случаях уголовную ответственность. Если повреждение имущества породило сомнения в достоверности полученных доказательств или было средством незаконного воздействия на подозреваемого или обвиняемого (понуждение к даче показаний под угрозой повреждения имущества), то оно влечет недопустимость полученных доказательств.

Для охраны тайны частной жизни могут быть приняты следующие меры: от присутствующих лиц взята подписка о неразглашении данных предварительного расследования (ч. 2 ст. 161 УПК); удалены посторонние (например, журналисты); процессуальной фиксации должны быть подвергнуты только относящиеся к делу обстоятельства.

11. Все поисковые действия должны вестись в присутствии понятых и других участвующих лиц. Понятые должны наблюдать процесс обнаружения и изъятия каждого предмета или документа. Если поиск ведется одновременно несколькими группами, то при каждой из них должны присутствовать не менее 2 понятых. В противном случае может возникнуть трудно опровержимая версия о том, что предметы подброшены. С учетом этого следует стремиться к изъятию не только самих предметов, но и сопутствующих им следов (микрочастиц, подкладки карманов, частиц смазки и т.д.).

12. Протокол обыска составляется по правилам ст. 166, 167 УПК. При этом особенно важно, чтобы место и обстоятельства обнаружения предметов, их индивидуальные признаки и упаковка были подробно описаны в протоколе обыска.

По общему правилу в протоколе фиксируются все юридически значимые обстоятельства обыска (выдан ли предмет добровольно, поведение обыскиваемых, принятые меры, заявления и замечания присутствующих).

13. Копия протокола обыска (в т.ч. копия описи изъятых предметов) вручается представителю владельца обыскиваемого объекта под расписку на оригинале протокола.

14. Особой гарантией соблюдения при обыске прав и законных интересов граждан является возможность обжалования постановления о производстве обыска и его результатов непосредственно в суд, что прямо было отмечено Постановлением КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П. Об этом см. комм. к ст. 125, 165.

СТАТЬЯ 183
ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ПРОИЗВОДСТВА ВЫЕМКИ

1. При необходимости изъятия определенных предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела, и если точно известно, где и у кого они находятся, производится их выемка.

2. Выемка производится в порядке, установленном статьей 182 настоящего Кодекса, с изъятиями, предусмотренными настоящей статьей.

3. Выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, производится следователем с санкции прокурора.

4. Выемка документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях, производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса.

5. До начала выемки следователь предлагает выдать предметы и документы, подлежащие изъятию, а в случае отказа производит выемку принудительно.

1. Выемка — это следственное действие, состоящее в процессуальном принудительном изъятии (фиксации) имеющих значение для дела определенных предметов и документов, когда точно известно их местонахождение.

2. Основаниями для производства выемки служат доказательства, указывающие, во-первых, на индивидуальные признаки подлежащего изъятию предмета, во-вторых, на точное его местонахождение в чьем-либо владении. Таким образом, в отличие от обыска при производстве выемки отсутствуют поисковые действия.

Однако указанные обстоятельства не всегда влекут производство выемки. Определенные предметы, когда точно известно, где они находятся, могут быть получены путем истребования (ст. 86 УПК). Истребование предметов и документов не является следственным действием, т.е. не обеспечено принуждением и не имеет детальной регламентации. Истребование оформляется запросом (требованием) следователя и производится, когда нет необходимости в принуждении (предмет согласны добровольно передать) и само место нахождения предмета не имеет доказательственного значения. Например, похищенные вещи изъяты в административном порядке и находятся в дежурной части милиции; в больнице находится одежда пострадавшего со следами крови. Администрация больницы и сам пострадавший согласны представить одежду, и они не заинтересованы в ее сокрытии и т.п.

В отличие от истребования, выемку следует производить, во-первых, когда требуется принуждение (предмет не выдают или он может быть скрыт, уничтожен), во-вторых, когда доказательственное значение имеет сам факт нахождения предмета в данном месте, — например, обвиняемый согласился лично указать квартиру, где хранится похищенное. Доказательственное значение такого факта обеспечивается участием понятых и фиксацией в протоколе.

3. Порядок производства выемки такой же, как и обыска. При этом следует соблюдать общие правила производства следственных действий (см. комм. к ст. 164—170). Обычно выемка не требует специального дополнительного разрешения (санкционирования). Однако из этого правила имеется широкий круг исключений.

4. Комм. статья предусматривает не исчерпывающий перечень особенных видов выемки. Процессуальными особенностями обладает выемка в неотложной ситуации (ст. 157, ч. 5 ст. 165); выемка у лиц, обладающих дипломатическим или служебным иммунитетом (см. комм. к ч. 2 ст. 3, ст. 450); выемка в жилище (п. 5 ч. 2 ст. 29).

5. С санкции прокурора производится выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую ФЗ тайну. При этом следует учесть, что в некоторых случаях нужно еще и судебное решение.

По судебному решению производится выемка:

а) в жилище (п. 5 ч. 2 ст. 29 УПК) (об этом см. комм. к ч. 3 ст. 182);

б) документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в кредитных учреждениях (ч. 4 ст. 183 УПК). При этом счета могут быть не только физических лиц, но и юридических (п. 7 ч. 2 ст. 29 УПК);

в) документов, содержащих адвокатскую тайну (ч. 3 ст. 8 ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»[1];

г) документов, содержащих почтово-телеграфные отправления и иные сообщения (ст. 185 УПК). По судебному решению должна производится выемка не только почтово-телеграфных отправлений, но и *иных сообщений*, например пейджинговых, электронной почты. Это вытекает из прямого действия ст. 23 Конституции РФ (об этом см. комм. к ст. 185);

д) предметов и документов, содержащих аудиторскую тайну (п. 4 ст. 8 ФЗ от 07.08.2001 г. «Об аудиторской деятельности»)[2].

6. Государственная тайна, согласно ст. 2 Закона от 21.07.93 г. «О государственной тайне», — это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и ОРД, распространение которых может нанести ущерб безопасности России. Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определен Указом Президента РФ от 30.11.95 г. № 1203 «Об утверждении Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне».

Выемку документов, содержащих сведения, являющиеся государственной тайной, целесообразно проводить в порядке, согласованном с руководителем соответствующего учреждения, отвечающего за соблюдение этой тайны. Данное требование, в отличие от УПК РСФСР (ч. 2 ст. 167), в новом УПК стало рекомендацией. При этом в некоторых случаях, указанных выше, можно обойтись без выемки истребованием документов.

7. *Иная охраняемая федеральным законом тайна* — это информация, доступ к которой ограничен ФЗ — информация ограниченного доступа (ст. 5 и 9 ФЗ от 27.07.2006 г. «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»). Это обширный перечень сведений. Выемка всех из них должна производиться с санкции прокурора (и в некоторых случаях — по судебному решению).

Федеральными законами предусмотрены следующие виды тайн (требующие для выемки санкции прокурора):

1) тайна частной жизни, личная, семейная тайна (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ);

2) банковская тайна (ст. 857 *ГК*; ст. 183 *УК*; ст. 26 Закона от 02.12.90 г. «О банках и банковской деятельности»);

3) врачебная или медицинская тайна (ст. 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.93 г.; ч. 2 ст. 15 *СК*; ст. 9 Закона от 02.07.92 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»);

4) коммерческая или производственная тайна (ст. 139 *ГК*; ст. 183 *УК*; ФЗ от 29.07.2004 г. «О коммерческой тайне». О перечне сведений, которые не могут состав-

---

[1] См. Определение КС Российской Федерации от 08.11.2005 г. № 439-О.

[2] См. Определение КС Российской Федерации от 02.03.2006 г. № 54-О.

лять коммерческую тайну, см. ст. 5 ФЗ от 29.07.2004 г. № 98-ФЗ; постановление Правительства РФ от 05.12.91 г. № 35 в ред. от 15.04.2003 г.);

5) налоговая тайна (ст. 102 *НК*; ст. 183 *УК*);

6) служебная тайна (ст. 139 *ГК*);

7) тайна архива (ст. 25 ФЗ от 22.10.2004 г. «Об архивном деле в Российской Федерации»);

8) тайна голосования на выборах или референдуме (ст. 7 ФЗ от 19.09.97 г. «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»; ст. 142 *УК*);

9) тайна завещания (ст. 1123 *ГК*);

10) тайна исповеди (ст. 3 ФЗ от 26.09.97 г. «О свободе совести и о религиозных объединениях»);

11) тайна источника информации средства массовой информации или редакционная, журналистская тайна (ст. 41 ФЗ «О средствах массовой информации»). Об этом см. комм. к ст. 144;

12) тайна предварительного расследования (ч. 9 ст. 166, ст. 161 УПК);

13) тайна персональных данных работника (ст. 86 *ТК*);

14) тайна совершения нотариальных действий (ст. 16, 27 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11.02.93 г. № 4462-1;

15) тайна совещательной комнаты (ст. 298, 341 УПК; ст. 194 *ГПК*; ст. 167 *АПК*);

16) тайна страхования (ст. 946 *ГК*);

17) тайна усыновления (ст. 139 *СК*; ст. 155 *УК*);

18) тайна закрытого ключа электронной цифровой подписи (ст. 12 ФЗ от 10.01.02 г. «Об электронной цифровой подписи»);

19) тайна сведений о лице, в отношении которого применены меры государственной защиты (ст. 9, 21 ФЗ от 20.08.2004 г. «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»).

Обладание охраняемой ФЗ тайной не дает свидетельского иммунитета, кроме случаев, прямо указанных в законе (см. комм. к ст. 56).

8. Постановление о производстве выемки и ее результаты могут быть обжалованы прокурору или в суде. См. комм. к ст. 125, 165.

СТАТЬЯ 184
ЛИЧНЫЙ ОБЫСК

1. При наличии оснований и в порядке, которые предусмотрены частями первой и третьей статьи 182 настоящего Кодекса, производится личный обыск подозреваемого, обвиняемого в целях обнаружения и изъятия предметов и документов, могущих иметь значение для уголовного дела.

2. Личный обыск может быть произведен без соответствующего постановления при задержании лица или заключении его под стражу, а также при наличии достаточных оснований полагать, что лицо, находящееся в помещении или ином месте, в котором производится обыск, скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для уголовного дела.

3. Личный обыск лица производится только лицом одного с ним пола и в присутствии понятых и специалистов того же пола, если они участвуют в данном следственном действии.

1. Личный обыск состоит в поиске и изъятии относящихся к уголовному делу предметов и документов, находящихся у подозреваемого или обвиняемого — в его одежде, среди имеющихся при нем вещей, а также на его теле. Дополнительной целью личного обыска подозреваемого и обвиняемого, помещаемого под стражу, является обнаружение и изъятие предметов, запрещенных к хранению и использованию в местах содержания под стражей (об этом см. комм. к ст. 93).

Личный обыск как следственное действие необходимо отличать от не обладающих процессуальной формой наружного и личного досмотров (см. комм. к ст. 93).

2. Основаниями для производства личного обыска служат *доказательства*, указывающие на нахождение искомых предметов и документов у подозреваемого или обвиняемого. Однако по смыслу закона в неотложных случаях, а именно: а) при задержании подозреваемого или заключении его под стражу; б) при личном обыске лица, находящегося в месте, где производится обыск, по подозрению, что оно скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для дела (ч. 2 ст. 184), основанием для личного обыска (как исключение из общего правила) могут быть не только доказательства, но соответственно и требование закона предварительно обыскивать всякое лицо, заключаемое под стражу, или результаты непосредственного наблюдения за поведением лиц, присутствующих при обыске помещения или иного места.

Человек, который формально не является подозреваемым или обвиняемым, может быть подвергнут обыску лишь при его присутствии в том месте, где производится обыск. Подвергаемый личному обыску с целью получения против него обвинительных доказательств по смыслу Конституции РФ (Постановление КС РФ от 27.06.2000 г. № 11-П) является подозреваемым, обладая при этом правом на защиту.

3. Личный обыск производится в общем порядке (см. комм. к ст. 164, 182), за исключением следующих особенностей.

Личный обыск ограничивает конституционное право на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ) и потому производится по судебному решению, получаемому в порядке ст. 165 УПК. Исключением из этого закон признает личный обыск подозреваемого (п. 6 ч. 2 ст. 29). Однако в статье, посвященной личному обыску подозреваемого, дана общая ссылка на ст. 184 УПК. Неопределенность в вопросе о том, в каких случаях требуется решение суда на личный обыск, способна привести на практике к нарушениям прав граждан. Историческое толкование процессуальных норм свидетельствует, что без особого разрешения личный обыск должен производиться в случаях, указанных в ч. 2 ст. 184 УПК. Этот вывод подтверждается и буквальным толкованием: в этих случаях обыск производится «без соответствующего постановления», следовательно, и без постановления суда, выносимого в порядке ст. 165 УПК. В то же время после обыска лица, не помещаемого под стражу, процессуальный закон требует уведомлять суд в порядке ч. 5 ст. 165 УПК.

В иных неотложных случаях (кроме ч. 2 комм. статьи) личный обыск также может производиться без санкции прокурора и решения суда с последующим их уведомлением в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 165 УПК.

При личном обыске присутствуют только лица одного пола с обыскиваемым. Представляется, что с учетом содержания ч. 4 ст. 179 УПК это требование не распространяется на специалиста — врача.

Участие понятых в личном обыске обязательно (ст. 170 УПК в ред. ФЗ от 04.07.2003 г.).

Личный обыск может быть связан с проникновением в полости организма. Поэтому особое внимание необходимо обращать на соблюдение принципов уважения чести и достоинства личности, недопустимости создания опасности для здоровья, запрета принудительных медицинских опытов (ст. 21 Конституции РФ). В частности, проникновение в полости организма недопустимо, если это требует хирургического вмешательства, причиняет физическую боль (при отсутствии согласия обыскиваемого) или иным образом связано с каким-либо реальным риском для здоровья и жизни лица.

СТАТЬЯ 185
НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ПОЧТОВО-ТЕЛЕГРАФНЫЕ ОТПРАВЛЕНИЯ, ИХ ОСМОТР И ВЫЕМКА

1. При наличии достаточных оснований полагать, что предметы, документы или сведения, имеющие значение для уголовного дела, могут содержаться соответственно в бандеролях, посылках или других почтово-телеграфных отправлениях либо в телеграммах или радиограммах, на них может быть наложен арест.

2. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка в учреждениях связи производятся на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса.

3. В ходатайстве следователя о наложении ареста на почтово-телеграфные отправления и производстве их осмотра и выемки указываются:

1) фамилия, имя, отчество и адрес лица, почтово-телеграфные отправления которого должны задерживаться;

2) основания наложения ареста, производства осмотра и выемки;

3) виды почтово-телеграфных отправлений, подлежащих аресту;

4) наименование учреждения связи, на которое возлагается обязанность задерживать соответствующие почтово-телеграфные отправления.

4. В случае принятия судом решения о наложении ареста на почтово-телеграфные отправления его копия направляется в соответствующее учреждение связи, которому поручается задерживать почтово-телеграфные отправления и незамедлительно уведомлять об этом следователя.

5. Осмотр, выемка и снятие копий с задержанных почтово-телеграфных отправлений производятся следователем в соответствующем учреждении связи с участием понятых из числа работников данного учреждения. В необходимых случаях для участия в осмотре и выемке почтово-телеграфных отправлений следователь вправе вызвать специалиста, а также переводчика. В каждом случае осмотра почтово-телеграфных отправлений составляется протокол, в котором указывается, кем и какие почтово-телеграфные отправления были подвергнуты осмотру, скопированы, отправлены адресату или задержаны.

6. Арест на почтово-телеграфные отправления отменяется следователем с обязательным уведомлением об этом суда, принявшего решение о наложении ареста, и прокурора, когда отпадает необходимость в этой мере, но не позднее окончания предварительного расследования по данному уголовному делу.

1. Комм. статья регламентирует два относительно самостоятельных, но взаимосвязанных процессуальных действия: а) наложение ареста на отправления и б) их

осмотр и выемку. Наложение ареста (как привод для допроса, эксгумация для осмотра трупа и т.п.) является принудительной мерой, обеспечивающей последующее следственное действие — выемку.

Правила комм. статьи подчинены обеспечению конституционного права граждан на тайну переписки и иных сообщений (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ).

Наложение ареста на отправления, в отличие от контроля и записи переговоров (ст. 186 УПК), производится на уже существующие носители (отправления) и исполняется операторами почтовой связи.

2. Основанием для наложения ареста являются доказательства о том, что почтово-телеграфные отправления могут содержать относимую к делу информацию. Получение этой информации составляет конечную цель данного следственного действия. При этом закон не разрешает налагать арест на корреспонденцию для иных целей, например для создания препятствий общения. Для этого необходимо применять меру пресечения, например в виде домашнего ареста (ст. 107 УПК).

3. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления всегда производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке ст. 165 УПК (об этом см. комм. к ст. 13).

Судебное решение о наложении ареста одновременно означает и разрешения на осмотры и выемки отправлений. Поэтому во время действия ареста неоднократные осмотры и выемки корреспонденции проводятся без дополнительных санкций.

4. Часть 3 комм. статьи предусматривает особые требования к постановлению следователя о возбуждении ходатайства перед судом. Из содержания этих требований вытекают несколько существенных замечаний:

1) арест налагается только на отправления конкретного лица — подозреваемого или обвиняемого как на исходящие от него, так и входящие для него. Бланк постановления (приложение 87 к ст. 476 УПК) необоснованно, на наш взгляд, ограничивает арест лишь входящей корреспонденцией. Корреспонденция юридического лица подвергается аресту, если она будет исходить от подозреваемого (обвиняемого) или будет ему адресована. Когда обвиняемый использует постороннее лицо для отправки и получения корреспонденции, то последняя может быть изъята в ходе другого следственного действия — обыска или выемки. Запрещается наложение ареста на корреспонденцию свидетеля, потерпевшего или иного лица;

2) задерживаться могут любые виды почтово-телеграфных отправлений: а) письменная корреспонденция (простые и регистрируемые письма, почтовые карточки, секограммы — сообщения для слепых, бандероли и мелкие пакеты); б) иные отправления (посылки, прямые почтовые контейнеры, телеграфные сообщения)[1].

Денежные переводы должны быть арестованы в порядке ст. 115 УПК;

3) термин «учреждения связи» вносит неясность, поскольку Закон «О почтовой связи» предусматривает как минимум три сходных, но разных понятия: операторы почтовой связи, организации почтовой связи и объекты почтовой связи (ст. 2). В смысле комм. статьи наиболее верно считать, что арест исполняется оператором почтовой связи — организациями почтовой связи и индивидуальными предпринимателями, имеющими право на оказание услуг почтовой связи;

4) о сроках наложения ареста на корреспонденцию см. комм. к ч. 6 ст. 185.

---

[1] См. ст. 2 ФЗ от 17.07.99 г. «О почтовой связи».

5. Оператор связи, исполняя решение суда, уведомляет следователя о факте задержания отправлений. Следователь вправе в любой момент (и до уведомления) приступить к осмотру и выемке отправлений. При этом должны обеспечиваться условия нераспространения информации о тайне сообщений (о мерах для этого см. комм. к ч. 7 ст. 182).

При осмотре, выемке и снятии копий с отправлений обязательно присутствуют понятые из числа работников данного учреждения связи. Об общих правилах производства осмотра и участия специалиста, переводчика см. комм. к ст. 154—170, 177.

Каждый факт осмотра и выемки отправлений (вне зависимости от результатов) оформляется протоколом по правилам ст. 166 УПК. По результатам осмотра отправления могут быть задержаны и приобщены к делу (в оригинале или копии) или отправлены адресату.

6. Арест отменяется постановлением следователя, когда в нем отпадает необходимость, с уведомлением об этом суда. Для ареста отправлений как процессуальной меры принуждения должны соблюдаться общие условия их применения (см. комм. к ст. 91). В частности, арест не может действовать по приостановленному делу, по прекращенному делу. Срок ареста не может превышать срока предварительного расследования.

Учитывая тесную связь между арестом почтово-телеграфных отправлений и контролем и записью переговоров, суду целесообразно устанавливать по аналогии срок ареста в пределах 6 месяцев (ч. 5 ст. 186 УПК).

7. В практике встречаются случаи выемки иных сообщений, которые формально не являются почтово-телеграфными отправлениями. Часть 2 ст. 23 Конституции РФ допускает ограничение права граждан на тайну «иных сообщений» только по судебному решению. На основании прямого действия Конституции РФ выемка пейджинговых сообщений, сообщений электронной почты или иных передаваемых по сетям электросвязи сообщений должна быть проведена только по решению суда. Нарушение этого требования влечет признание полученных доказательств недопустимыми (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ).

По смыслу ст. 63—64 ФЗ от 07.07.2003 г. «О связи» информация о пользователях услугами связи и об оказанных им услугах связи предоставляется правоохранительным органам в соответствии с оперативно-розыскным и уголовно-процессуальным законодательством, которое не может противоречить указанной выше конституционной норме.

СТАТЬЯ 186
КОНТРОЛЬ И ЗАПИСЬ ПЕРЕГОВОРОВ

1. При наличии достаточных оснований полагать, что телефонные и иные переговоры подозреваемого, обвиняемого и других лиц могут содержать сведения, имеющие значение для уголовного дела, их контроль и запись допускаются при производстве по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса.

2. При наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких род-

ственников, родственников, близких лиц контроль и запись телефонных и иных переговоров допускаются по письменному заявлению указанных лиц, а при отсутствии такого заявления — на основании судебного решения.

3. В ходатайстве следователя о производстве контроля и записи телефонных и иных переговоров указываются:

1) уголовное дело, при производстве которого необходимо применение данной меры;

2) основания, по которым производится данное следственное действие;

3) фамилия, имя и отчество лица, чьи телефонные и иные переговоры подлежат контролю и записи;

4) срок осуществления контроля и записи;

5) наименование органа, которому поручается техническое осуществление контроля и записи.

4. Постановление о производстве контроля и записи телефонных и иных переговоров направляется следователем для исполнения в соответствующий орган.

5. Производство контроля и записи телефонных и иных переговоров может быть установлено на срок до 6 месяцев. Оно прекращается по постановлению следователя, если необходимость в данной мере отпадает, но не позднее окончания предварительного расследования по данному уголовному делу.

6. Следователь в течение всего срока производства контроля и записи телефонных и иных переговоров вправе в любое время истребовать от органа, их осуществляющего, фонограмму для осмотра и прослушивания. Она передается следователю в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны даты и время начала и окончания записи указанных переговоров и краткие характеристики использованных при этом технических средств.

7. О результатах осмотра и прослушивания фонограммы следователь с участием понятых и при необходимости специалиста, а также лиц, чьи телефонные и иные переговоры записаны, составляет протокол, в котором должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу. Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в том же протоколе или отдельно изложить свои замечания к протоколу.

8. Фонограмма в полном объеме приобщается к материалам уголовного дела на основании постановления следователя как вещественное доказательство и хранится в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность прослушивания и тиражирования фонограммы посторонними лицами и обеспечивающих ее сохранность и техническую пригодность для повторного прослушивания, в т.ч. в судебном заседании.

1. Контроль телефонных и иных переговоров — это прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм (п. 14^1 ст. 5 УПК).

Контроль и запись переговоров как следственное действие состоит: а) в поручении следователя специализированным органам вести прослушивание и звукозапись телефонных и иных переговоров лиц, которые могут располагать сведениями, имеющими значение для уголовного дела, а также б) в истребовании фонограммы и в) в фиксации переговоров в протоколе.

Данное следственное действие следует отличать от сходных с ним оперативно-розыскных мероприятий: прослушивания телефонных переговоров, звукового наблюдения, снятия информации с технических каналов связи, контроля сообщений.

Однако с точки зрения методов производства между ними нет принципиальных различий, поскольку само техническое осуществление прослушивания и звукозаписи производится оперативными подразделениями технической разведки ФСБ, ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ в условиях конспирации, т.е. оперативно-розыскными средствами. Между прослушивающими переговоры органами и прослушиваемыми лицами нет и не может быть процессуальных правоотношений. Правоотношения возникают только при даче следователем поручения о контроле и записи переговоров, а также при истребовании и оформлении результатов этих действий.

Контроль и запись переговоров необходимо отличать от сходного с ним следственного действия — выемки почтово-телеграфных отправлений. Между ними существует два основных отличия. Во-первых, выемка состоит в изъятии материальных носителей, уже созданных самими участниками письменных переговоров (записки, письма, пейджинговые сообщения, документы электронной почты). При контроле и записи переговоров материальные носители — фонограммы создаются по поручению следователя, поскольку переговоры ведутся устно. Во-вторых, при контроле и записи переговоров основным участником является специализированный орган (подразделение правоохранительных органов), который прослушивает и записывает их, представляет в определенном порядке фонограмму. В выемке принимает участие обычный оператор связи, через который передаются сообщения.

2. Основанием для производства контроля и записи переговоров являются данные о возможности получения из них относящихся к делу сведений. Контролю и записи могут быть подвергнуты как телефонные, так и любые другие устные переговоры подозреваемого, обвиняемого и других лиц, которые могут располагать сведениями о преступлении либо иными сведениями, имеющими значение для уголовного дела.

3. В качестве специального условия данного следственного действия закон признает наличие производства по тяжкому или особо тяжкому преступлению (ч. 4—5 ст. 15 *УК*).

4. По общему правилу контроль и запись переговоров производится по судебному решению, выносимому в порядке ст. 165 УПК.

Без судебного решения данное следственное действие производится по письменному заявлению одного из участников переговоров, когда существует реальная угроза совершения насилия, вымогательства в отношении потерпевшего, свидетеля, их близких (о понятии «близкие лица» см. комм. к п. 3 ст. 5).

Наличие угрозы устанавливается на основе доказательств или иных сведений. Если потерпевший или свидетель отказываются сделать письменное заявление, то контроль и запись переговоров осуществляются по судебному решению.

5. Срок контроля и записи переговоров не может превышать срока предварительного следствия и устанавливается в пределах 6 месяцев.

6. Процессуальный порядок осуществления контроля и записи переговоров включает в себя несколько этапов:

1) поручение следователя вести контроль и запись переговоров. Для этого следователь выносит мотивированное постановление о возбуждении перед судом ходатай-

ства о контроле и записи переговоров. Оно направляется в суд в порядке ст. 165 УПК. Постановление судьи об осуществлении контроля и записи переговоров направляется следователем в соответствующий орган для исполнения.

Если контроль и запись переговоров ведется по письменному заявлению их участника, то следователь выносит постановление и уведомляет об этом прокурора. Судебного решения не требуется.

Техническое осуществление контроля и записи переговоров уголовно-процессуальными нормами не регулируется. В результате фиксируются переговоры всех лиц, пользующихся определенным телефоном или находящихся в определенном помещении. В то же время процессуальный закон допускает контроль и запись в отношении переговоров определенного лица. Возникает проблема доказательственного значения зафиксированных переговоров других лиц, которые фактически были записаны без судебного решения. Например, прослушиваются переговоры адвоката, подозреваемого в даче взяток. В результате записаны переговоры его супруги по домашнему телефону, других адвокатов по рабочему телефону;

2) истребование следователем фонограммы переговоров от органа, осуществляющего их контроль и запись, может быть сделано в любое время в течение всего срока контроля и записи. В ответ на запрос следователя фонограмма ему передается в опечатанном виде с сопроводительным письмом, с указанием времени начала и окончания записи, кратких технических характеристик использованных средств. При этом не нужны сведения о лицах, которые осуществляли сами контроль и запись переговоров;

3) осмотр и прослушивание фонограммы следователем производится в присутствии понятых. В осмотре могут участвовать специалист и лица, чьи переговоры записаны. О результатах осмотра составляется протокол по правилам ст. 166 УПК. Фонограмма в полном объеме приобщается к делу в качестве вещественного доказательства.

Контроль и запись переговоров прекращаются по постановлению следователя, когда в них отпадает необходимость, истекает установленный судом срок или срок следствия, или прекращается, приостанавливается уголовное дело.

ГЛАВА 26. ДОПРОС. ОЧНАЯ СТАВКА. ОПОЗНАНИЕ. ПРОВЕРКА ПОКАЗАНИЙ

СТАТЬЯ 187 МЕСТО И ВРЕМЯ ДОПРОСА

1. Допрос проводится по месту производства предварительного следствия. Следователь вправе, если признает это необходимым, провести допрос в месте нахождения допрашиваемого.

2. Допрос не может длиться непрерывно более 4 часов.

3. Продолжение допроса допускается после перерыва не менее чем на один час для отдыха и принятия пищи, причем общая продолжительность допроса в течение дня не должна превышать 8 часов.

4. При наличии медицинских показаний продолжительность допроса устанавливается на основании заключения врача.

1. Допрос представляет собой процессуальный расспрос одного лица с целью получения от него устных показаний и их процессуальной фиксации.

2. Место и время допроса являются одним из общих правил его проведения. Они несколько отличаются в зависимости от видов допроса (неотложный допрос в ночное время, допрос обвиняемого в следственном изоляторе).

3. Местом производства предварительного следствия применительно к допросу считается кабинет следователя. В то же время следователь из тактических соображений (следственной ситуации) вправе произвести допрос в любом месте нахождения допрашиваемого, но не имеет права вызывать его в иное место (на улицу, в кафе, постороннюю квартиру).

О производстве следственных действий в другом районе см. комм. к ст. 152.

4. Время суток допроса определяется по общим правилам — с 6 до 22 часов (см. комм. к ст. 164). Исключения допустимы в неотложных ситуациях (см. комм. к ст. 157, ч. 5 ст. 165).

5. В отличие от УПК РСФСР, УПК РФ ограничил продолжительность допроса, которая исчисляется по правилам ст. 128.

6. При плохом состоянии здоровья допрашиваемого продолжительность допроса еще более сокращается. Для этого должны быть получены медицинские показания (обязательно — по заявлению допрашиваемого и факультативно — по инициативе следователя). Для получения или проверки медицинских показаний следователь вправе пригласить специалиста — врача.

Превышение установленной продолжительности допроса не разрешается даже в неотложных ситуациях. Нарушение срока указывает на незаконное воздействие на допрашиваемого и может повлечь юридическую ничтожность результатов (ст. 75 УПК).

7. В УПК дважды сокращена продолжительность допроса для несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого (ч. 1 ст. 425). Представляется, что это правило следует применять и для допроса несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего.

СТАТЬЯ 188
ПОРЯДОК ВЫЗОВА НА ДОПРОС

1. Свидетель, потерпевший вызывается на допрос повесткой, в которой указываются, кто и в каком качестве вызывается, к кому и по какому адресу, дата и время явки на допрос, а также последствия неявки без уважительных причин.

2. Повестка вручается лицу, вызываемому на допрос, под расписку либо передается с помощью средств связи. В случае временного отсутствия лица, вызываемого на допрос, повестка вручается совершеннолетнему члену его семьи либо передается администрации по месту его работы или по поручению следователя иным лицам и организациям, которые обязаны передать повестку лицу, вызываемому на допрос.

3. Лицо, вызываемое на допрос, обязано явиться в назначенный срок либо заранее уведомить следователя о причинах неявки. В случае неявки без уважительных причин лицо, вызываемое на допрос, может быть подвергнуто приводу либо к нему могут быть применены иные меры процессуального принуждения, предусмотренные статьей 111 настоящего Кодекса.

4. Лицо, не достигшее возраста шестнадцати лет, вызывается на допрос через его законных представителей либо через администрацию по месту его работы или учебы. Иной порядок вызова на допрос допускается лишь в случае, когда это вызывается обстоятельствами уголовного дела.

5. Военнослужащий вызывается на допрос через командование воинской части.

1. Вызов на допрос производится при наличии основания для этого следственного действия. Общим основанием для допроса являются сведения о том, что лицо располагает интересующими расследование данными. Среди таких сведений может быть любая, в т.ч. непроцессуальная информация (оперативно-розыскная). В ряде случаев производство допроса является обязательным для реализации прав сторон: потерпевшего (ст. 42), подозреваемого (ч. 2 ст. 46), обвиняемого (ст. 173 УПК).

2. Об общих условиях следственных действий см. комм. к ст. 164. Специальным условием допроса свидетеля и потерпевшего является отсутствие у них свидетельского иммунитета. О свидетельском иммунитете см. комм. к п. 40 ст. 5, ст. 56.

3. Комм. статья устанавливает общий порядок вызова на допрос. Для некоторых видов допроса используется особый порядок (см. комм. к ч. 5 ст. 188).

Лицо вызывается на допрос только *повесткой* (приложение 54 к ст. 476 УПК), которая вручается ему под расписку с указанием времени вручения. Повестка может быть либо вручена лицу, вызываемому на допрос, под расписку, либо передана телефонограммой, телеграммой, с помощью факсимильного устройства или других средств связи. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что, согласно ч. 2 ст. 188, с помощью средств связи передается именно повестка, а не требование о вызове на допрос, переданное в произвольной форме. Это означает, что в полученном через средства связи сообщении должны быть указаны или записаны (например, в случае получения ее телефонограммой) все реквизиты повестки. Если допрашиваемый временно отсутствует, то повестка вручается кому-либо из взрослых членов семьи, администрации по месту работы допрашиваемого, жилищно-эксплуатационной организации. При этом копию повестки целесообразно приобщить к материалам дела.

Допрашиваемый должен явиться по вызову следователя в назначенный ему срок или заранее уведомить о причинах неявки. В случае неявки без уважительных причин он может быть подвергнут приводу (ст. 113) или денежному взысканию (ст. 117 УПК). О понятии «уважительные причины» см. комм. к ст. 113.

4. Особый порядок вызова распространяется на: а) несовершеннолетних до 16 лет; б) содержащихся под стражей, отбывающих наказание в виде лишения свободы (вызов через администрацию); в) военнослужащих, находящихся, как правило, на казарменном положении (через командование воинской части); г) лиц, находящихся на территории другого государства (см. комм. к ст. 456).

СТАТЬЯ 189
ОБЩИЕ ПРАВИЛА ПРОВЕДЕНИЯ ДОПРОСА

1. Перед допросом следователь выполняет требования, предусмотренные частью пятой статьи 164 настоящего Кодекса. Если у следователя возникают сомнения, владеет ли допрашиваемое лицо языком, на котором ведется произ-

водство по уголовному делу, то он выясняет, на каком языке допрашиваемое лицо желает давать показания.

2. Задавать наводящие вопросы запрещается. В остальном следователь свободен при выборе тактики допроса.

3. Допрашиваемое лицо вправе пользоваться документами и записями.

4. По инициативе следователя или по ходатайству допрашиваемого лица в ходе допроса могут быть проведены фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка, материалы которых хранятся при уголовном деле и по окончании предварительного следствия опечатываются.

5. Если свидетель явился на допрос с адвокатом, приглашенным им для оказания юридической помощи, то адвокат присутствует при допросе и пользуется правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса. По окончании допроса адвокат вправе делать заявления о нарушениях прав и законных интересов свидетеля. Указанные заявления подлежат занесению в протокол допроса.

1. Общие правила производства допроса — это процессуальные нормы, относящиеся ко всем видам допроса. Основные виды допроса выделяются по категории допрашиваемых (допросы: свидетеля, потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого, эксперта, специалиста, несовершеннолетнего).

2. К общим правилам производства (в дополнение к содержащимся в комм. статье) с учетом ст. 164 УПК относятся: а) основания, условия и цели допроса; б) место, время и продолжительность допроса; в) общие права допрашиваемого, порядок его вызова; г) предмет допроса; д) порядок и приемы допроса; е) круг факультативных участников допроса; ж) фиксация хода и результатов допроса.

3. О действиях, выполняемых в начале допроса, см. комм. к ст. 164, 169.

4. К общим правам допрашиваемого относятся: а) право на уважительное отношение (ст. 21 Конституции РФ, ст. 9, ч. 4 ст. 164 УПК); б) право не свидетельствовать против себя и своих близких (ст. 51 Конституции РФ). В случае согласия дать показания допрашиваемый предупреждается о том, что его показания будут использоваться в качестве доказательств даже при его последующем отказе от них (ч. 2 ст. 11, ч. 4 ст. 56 УПК); в) право давать показания на родном языке или на языке, которым свободно владеет, а также право пользоваться услугами переводчика бесплатно (ч. 2 ст. 18, ч. 1 ст. 189 УПК); г) право пользования при даче показаний документами и записями (ч. 3 ст. 189 УПК); д) право на юридическую помощь (ст. 48 Конституции РФ). Так, перед допросом права и обязанности разъясняются допрашиваемому. Подозреваемый и обвиняемый вправе пользоваться услугами защитника, а свидетель — давать показания в присутствии своего адвоката (ч. 5 ст. 189 УПК); е) право на ознакомление с протоколом допроса, на принесение замечаний и дополнений и уточнений (ч. 6 ст. 190 УПК); ж) право на изготовление в ходе допроса схем, чертежей, рисунков (ч. 5 ст. 190 УПК). В УПК РФ не получили прямого закрепления права на свободный рассказ и на собственноручную запись показаний.

Общими обязанностями допрашиваемого являются: а) запрет разглашать данные предварительного расследования (ст. 161 УПК); б) явка по вызову; в) соблюдение порядка в ходе допроса.

5. О предмете допроса см. комм. к ст. 73, 76—79, ч. 2 и 4 ст. 80.

6. УПК РФ прямо устанавливает некоторые общие правила о порядке и приемах допроса:

1) запрещается задавать наводящие вопросы (ч. 2 ст. 189). Наводящим признается вопрос, который содержит в себе ответ (А не синий ли был костюм у обвиняемого?). Судебная практика к наводящим приравнивает вопросы с элементами внушения, а также оглашение показаний других лиц в не предусмотренных законом случаях;

2) при допросе недопустимо применение насилия, угроз и иных незаконных мер, а равно создание опасности для жизни и здоровья участников допроса (ч. 4 ст. 164).

В остальном УПК РФ оставляет свободу в тактике допроса (ч. 2 ст. 189). При этом Кодексом предусмотрены такие приемы, как предъявление доказательств в ходе допроса (ч. 3 ст. 190); привлечение к участию в допросе различных лиц (ч. 5, 7 ст. 164); принятие мер безопасности в отношении свидетеля и потерпевшего (ч. 5 ст. 277, ч. 9 ст. 166). В целях обеспечения безопасности в протоколе допроса указывается псевдоним, а сам допрос ведется в условиях, исключающих визуальное восприятие свидетеля другими участниками процесса.

Однако «свободу в тактике допроса» необходимо толковать с учетом следующих моментов:

а) комм. статья умалчивает о том, что свидетели, вызванные по одному и тому же делу, допрашиваются порознь и в отсутствие других свидетелей. В предварительном расследовании не получила закрепления и обязанность следователя принять меры к тому, чтобы допрашиваемые свидетели по одному уголовному делу не могли общаться между собой. Однако был бы ошибочным вывод о тактической возможности присутствия еще не допрошенного свидетеля во время дачи показаний другим лицом. Во-первых, правило раздельного допроса свидетелей четко закреплено для судебного следствия (ч. 2 ст. 264, 278). Во-вторых, совместный допрос свидетелей чреват возможностью постановки наводящих вопросов, что запрещено и в предварительном расследовании (ч. 2 ст. 189). Совместный допрос свидетелей порождает трудно устранимое сомнение в достоверности их показаний. Поэтому в следственной практике следует применять аналогию норм судебного следствия (ч. 2 ст. 264, 278);

б) иначе обстоит дело с присутствием на допросе подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего. Они являются сторонами процесса и как стороны должны иметь возможность знать первоисточники доказательств. *Обвиняемый имеет право сам допрашивать показывающих против него свидетелей* (п. 3 «e» ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 «d» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Поэтому стороны вправе присутствовать на допросе (как и участвовать в процессуальных действиях). Об отличии допроса с участием сторон от очной ставки см. комм. к ст. 192.

УПК РФ прямо предусматривает участие потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого только в тех следственных действиях, которые производятся по их ходатайствам (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 9 ч. 4 ст. 46, п. 10 ч. 3 ст. 47). С учетом указанной выше международно-правовой нормы о праве обвиняемого на допрос показывающих против него свидетелей обеспечение такого участия, на наш взгляд, является обязательным для следователя.

Более того, следователю как обвинителю иногда даже «выгодно» обеспечивать присутствие на допросе стороны защиты. Участие защитника в допросе свидетеля обвинения укрепит доказательственное значение протокола допроса. В судебном след-

ствии по общему правилу протокол допроса оглашается с *согласия* сторон (ст. 281 УПК). Если защитник присутствовал при допросе свидетеля, то у него будет меньше оснований возражать против оглашения протокола. И наоборот, если права защиты будут ограничены, то протокол допроса не сможет стать доказательством в суде;

в) процессуальный закон не требует начинать допрос по существу дела со свободного рассказа допрашиваемого лица, как это имело место согласно ч. 5 ст. 150 и ч. 5 ст. 158 УПК РСФСР. УПК РФ предусматривает свободный рассказ только для проверки показаний на месте (ч. 4 ст. 194). Можно ли исходя из этого прийти к заключению, что свободный рассказ в начале допроса стал лишь одним из тактических приемов, который может применяться либо не применяться единственно по усмотрению следователя? При ответе на этот вопрос следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. каждый имеет право на *свободу выражения своего мнения*. Это право включает, в частности, свободу любого лица (в т.ч., очевидно, и свидетеля, обвиняемого, подозреваемого) придерживаться своего мнения, получать и *распространять информацию без вмешательства со стороны государственных органов*. Осуществление этих свобод может быть сопряжено с ограничениями, необходимыми в демократическом обществе лишь в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, защиты здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия. Названные условия для ограничения выражения мнения вряд ли могут быть распространены на право допрашиваемого лица свободно рассказать в ходе допроса все, что оно считает нужным. Единственное исключение, по-видимому, составляют сведения, явно не имеющие отношения к уголовному делу, ибо загромождение материалов расследования ненужной информацией не способствует авторитету правосудия. Таким образом, на основании данной общепризнанной нормы международного права следует сделать вывод, что свободный рассказ по-прежнему является *правом* допрашиваемых лиц.

УПК РФ не закрепляет и возможности собственноручной записи показаний (что было установлено ст. 152, 160 УПК РСФСР). В то же время собственноручная запись показаний в силу тех же причин, что и свободный рассказ, представляется возможной, а при допросе эксперта или специалиста — целесообразной;

г) прием предъявления доказательств в ходе допроса (ч. 3 ст. 190 УПК) ограничен основаниями для производства следственного действия — предъявления для опознания (ст. 193). Предъявлять объект в ходе допроса можно тогда, когда идентификация этого объекта допрашиваемым не нужна (в противном случае допрос будет подменять опознание, что является существенным нарушением закона. Например, с целью побуждения к даче правдивых показаний следователь вправе предъявить обвиняемому во время его допроса подписанные обвиняемым накладные, заключение эксперта, звукозапись показаний другого обвиняемого).

7. Впервые в процессуальном законе получило закрепление право свидетеля на помощь адвоката, который может участвовать в допросе свидетеля (п. 6 ч. 4 ст. 56, ч. 5 ст. 189 УПК). Это реализация права каждого гражданина на квалифицированную юридическую помощь (ст. 48 Конституции РФ). Адвокат вправе давать свидетелю в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя

вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы адвоката, но обязан занести их в протокол.

Свидетель вправе «явиться на допрос с адвокатом». Это означает, что допрос не должен быть отложен для явки адвоката.

8. Об особенностях допроса:

— подозреваемого и обвиняемого см. комм. к ч. 2 ст. 46, ст. 76—77, 173*;*

— потерпевшего см. комм. к ст. 42, 78*;*

— свидетеля см. комм. к ст. 56, 79*;*

— эксперта и специалиста см. комм. к ст. 80, 205*;*

— несовершеннолетнего см. комм. к ст. 191, 424, 425*;*

— обладающего дипломатическим иммунитетом см. комм. к ч. 2 ст. 3.

СТАТЬЯ 190
ПРОТОКОЛ ДОПРОСА

1. Ход и результаты допроса отражаются в протоколе, составляемом в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса.

2. Показания допрашиваемого лица записываются от первого лица и по возможности дословно. Вопросы и ответы на них записываются в той последовательности, которая имела место в ходе допроса. В протокол записываются все вопросы, в т.ч. и те, которые были отведены следователем или на которые отказалось отвечать допрашиваемое лицо, с указанием мотивов отвода или отказа.

3. Если в ходе допроса допрашиваемому лицу предъявлялись вещественные доказательства и документы, оглашались протоколы других следственных действий и воспроизводились материалы аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки следственных действий, то об этом делается соответствующая запись в протоколе допроса. В протоколе также должны быть отражены показания допрашиваемого лица, данные при этом.

4. Если в ходе допроса проводились фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка, то протокол должен также содержать:

1) запись о проведении фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки;

2) сведения о технических средствах, об условиях фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки и о факте приостановления аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки, причине и длительности остановки их записи;

3) заявления допрашиваемого лица по поводу проведения фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки;

4) подписи допрашиваемого лица и следователя, удостоверяющие правильность протокола.

5. Допрашиваемым лицом в ходе допроса могут быть изготовлены схемы, чертежи, рисунки, диаграммы, которые приобщаются к протоколу, о чем в нем делается соответствующая запись.

6. По окончании допроса протокол предъявляется допрашиваемому лицу для прочтения либо по его просьбе оглашается следователем, о чем в протоколе делается соответствующая запись. Ходатайство допрашиваемого о дополнении и об уточнении протокола подлежит обязательному удовлетворению.

7. В протоколе указываются все лица, участвовавшие в допросе. Каждый из них должен подписать протокол, а также все сделанные к нему дополнения и уточнения.

8. Факт ознакомления с показаниями и правильность их записи допрашиваемое лицо удостоверяет своей подписью в конце протокола. Допрашиваемое лицо подписывает также каждую страницу протокола.

9. Отказ от подписания протокола допроса или невозможность его подписания лицами, участвовавшими в допросе, удостоверяется в порядке, установленном статьей 167 настоящего Кодекса.

1. Об общих правилах составления протокола см. комм. к ст. 166.

2. Допрос как следственное действие обладает уникальной особенностью. Его результатом служит появление сразу двух доказательств: показаний и протокола. При этом протокол допроса является производным от показаний, поэтому в силу принципа непосредственности может быть использован в суде в исключительных случаях (об этом см. комм. к ст. 276 и 281).

Бланки протоколов допроса установлены приложениями 38, 56, 59, 62, 112 к ст. 476 УПК.

3. Дословная запись показаний означает использование терминологии допрашиваемого. Недопустимо в протоколе допроса записывать «юридические штампы», стандартные формулировки самого следователя. При этом нецензурные выражения в протокол не записываются, а их смысл излагается допрашиваемым другими словами. Жаргонные слова также должны быть расшифрованы самим допрашиваемым.

Поскольку протокол допроса может составляться непосредственно после дачи показаний, все уточняющие вопросы можно и не записывать отдельно. В отдельной фиксации нуждаются вопросы и ответы по существенным обстоятельствам, а также вопросы, заданные участвующими в допросе лицами (защитником, потерпевшим, обвиняемым). Специальное удостоверение необходимо и тех вопросов, на которые допрашиваемый отказался отвечать.

4. О факте предъявления доказательств при допросе и о самих предъявленных доказательствах должна быть запись в протоколе. Об условиях предъявления доказательств, чтобы допрос не подменял опознание, см. комм. к ст. 189.

5. В части 4 комм. статьи содержится важное требование (имеющее характер общего правила) о том, чтобы в протоколе отражались сведения о причине и длительности остановки аудио-, видеозаписи, киносъемки. При этом перед выключением и сразу после возобновления записи целесообразно объявить точное время и занести его в протокол. О применении технических средств фиксации см. комм. к ст. 164.

6. Изготовление в ходе допроса схем, чертежей, рисунков и диаграмм не должно подменять экспертное исследование. Эти объекты имеют значение приложений к протоколу допроса. В то же время, если они изготовлены вне процессуального действия, то они могут быть приобщены к уголовному делу в качестве иных документов (ст. 84) или даже вещественных доказательств, например изготовленный обвиняемым чертеж взрывного устройства (ст. 81 УПК).

7. Удостоверительными особенностями протокола допроса являются:

1) безусловное право допрашиваемого на уточнение и дополнение показаний, вытекающие из субъективности метода расспроса. Допрашиваемый всегда лучше сле-

дователя знает, что он имел в виду, давая показания. Отсюда вытекает и целесообразность собственноручной записи показаний (особенно для эксперта);

2) протокол, дополнения и уточнения подписываются всеми участниками допроса. Об отграничении участвующих лиц от присутствующих см. комм. к ст. 164;

3) допрашиваемый своей подписью удостоверяет: факт разъяснения ему прав и обязанностей; факт ознакомления с правильностью записи показаний; правильность уточнений и дополнений; каждую страницу протокола. В конце протокола допроса целесообразна полная расшифровка допрашиваемым своей фамилии, имени и отчества.

8. Об удостоверении отказа от подписи или невозможности подписания протокола см. комм. к ст. 167.

СТАТЬЯ 191
ОСОБЕННОСТИ ДОПРОСА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ПОТЕРПЕВШЕГО ИЛИ СВИДЕТЕЛЯ

1. Допрос потерпевшего или свидетеля в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению следователя и допрос потерпевшего и свидетеля в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет проводятся с участием педагога. При допросе несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля вправе присутствовать его законный представитель.

2. Потерпевшие и свидетели в возрасте до шестнадцати лет не предупреждаются об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний. При разъяснении указанным потерпевшим и свидетелям их процессуальных прав, предусмотренных соответственно статьями 42 и 56 настоящего Кодекса, им указывается на необходимость говорить правду.

1. Особенности допроса несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего следует толковать в системе с правилами их допроса в суде (ст. 280 УПК). При этом необходимо учесть особенности допроса несовершеннолетнего обвиняемого и подозреваемого (ст. 424, 425), а также общие правила допроса (ст. 164, 189).

2. Специальные правила допроса применяются, если свидетель, потерпевший, обвиняемый или подозреваемый на момент производства следственного действия еще не достигли 18 лет. Приобретение несовершеннолетним дееспособности в полном объеме (в силу вступления в брак — ст. 21 *ГК* или эмансипации — ст. 27 *ГК*) не является основанием для применения общих правил допроса, за исключением участия законного представителя несовершеннолетнего, который в этом случае отсутствует (ч. 3 ст. 40 *ГК*).

3. Об особенностях вызова несовершеннолетнего см. ч. 4 ст. 188.

4. УПК РФ прямо не ограничивает продолжительность допроса несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего. Однако представляется необходимым применять указанную норму по аналогии с допросом несовершеннолетнего обвиняемого (ст. 425). Для подозреваемого и обвиняемого дача показаний является правом, поэтому если они дают длительные показания, то это их инициатива. Для свидетеля и потерпевшего дача показаний является обязанностью, что создает предпосылки для нарушения их прав длительным допросом. Тем более что иногда свидетель впоследствии переходит в разряд подозреваемых и обвиняемых.

В связи с этим допрос несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего не должен продолжаться без перерыва более 2 часов, а в общей сложности — не более 4 часов в день.

5. Участие педагога или психолога обязательно в допросе несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего, имеющего психические и физические недостатки (ч. 1 ст. 280). Этим должен руководствоваться и следователь, допрашивая лицо, достигшее 14 лет, но не достигшее 18 лет. Возрастной порог повышен для участия педагога или психолога в допросе подозреваемого или обвиняемого (ст. 425).

О правах и обязанностях педагога, психолога см. комм. к ст. 58, 168.

6. Право на присутствие при допросе законного представителя свидетеля или потерпевшего должно быть обеспечено тем, что следователь не вправе ему отказать в удовлетворении такого ходатайства, если несовершеннолетний не достиг возраста 14 лет. Другими словами, требуется применение аналогии ч. 4 ст. 280 УПК (иначе стороны будут обоснованно возражать против оглашения протокола допроса). При этом спецификой допроса в ходе предварительного расследования является возможное наличие неотложной ситуации (ст. 157). В неотложных ситуациях допрос может быть проведен и без участия законного представителя. Кроме того, представляется, что законному представителю может быть отказано в допуске к участию в процессуальном действии по правилам ч. 4 ст. 426 УПК. Тогда в качестве законного представителя может участвовать представитель органа опеки и попечительства.

О понятии законного представителя см. комм. к п. 12 ст. 5.

7. Следователь вправе ограничить присутствие в допросе несовершеннолетнего иных участников процесса (потерпевших, обвиняемых и т.п.) даже тогда, когда этот допрос проводится по их ходатайству. Об основаниях для этого см. комм. к ч. 6 ст. 280.

8. Возраст, по достижении которого несовершеннолетнего можно допрашивать, определяется его способностью давать правильные показания, достоверность которых подлежит оценке по общим правилам. См. комм. к ст. 56, 88.

СТАТЬЯ 192
ОЧНАЯ СТАВКА

1. Если в показаниях ранее допрошенных лиц имеются существенные противоречия, то следователь вправе провести очную ставку. Очная ставка проводится в соответствии со статьей 164 настоящего Кодекса.

2. Следователь выясняет у лиц, между которыми проводится очная ставка, знают ли они друг друга и в каких отношениях находятся между собой. Допрашиваемым лицам поочередно предлагается дать показания по тем обстоятельствам, для выяснения которых проводится очная ставка. После дачи показаний следователь может задавать вопросы каждому из допрашиваемых лиц. Лица, между которыми проводится очная ставка, могут с разрешения следователя задавать вопросы друг другу.

3. В ходе очной ставки следователь вправе предъявить вещественные доказательства и документы.

4. Оглашение показаний допрашиваемых лиц, содержащихся в протоколах предыдущих допросов, а также воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, ки-

носъемки этих показаний допускаются лишь после дачи показаний указанными лицами или их отказа от дачи показаний на очной ставке.

5. В протоколе очной ставки показания допрашиваемых лиц записываются в той очередности, в какой они давались. Каждое из допрашиваемых лиц подписывает свои показания, каждую страницу протокола и протокол в целом.

6. Если свидетель явился на очную ставку с адвокатом, приглашенным им для оказания юридической помощи, то адвокат участвует в очной ставке и пользуется правами, предусмотренными частью второй статьи 53 настоящего Кодекса.

1. Очная ставка представляет собой поочередный допрос в присутствии друг друга ранее допрошенных лиц, между показаниями которых имеются существенные противоречия. Как к особой разновидности допроса к очной ставке применяются все его общие правила (ст. 164, 189 УПК).

2. В отличие от УПК РСФСР (ст. 162), УПК РФ не ограничивает число участников очной ставки двумя. По буквальному смыслу комм. статьи участников очной ставки может быть и больше. В то же время большое количество участников резко усложняет организацию следственного действия, поэтому на уровне рекомендации целесообразно проводить очную ставку между двумя лицами.

Очная ставка может быть проведена между любыми лицами, которые были подвергнуты допросу. Закон не запрещает произвести очную ставку даже между экспертами (например, при противоречивых показаниях, поясняющих результаты комиссионной экспертизы). Согласно ч. 4 ст. 283 УПК целью допросов экспертов может служить преодоление противоречий между их заключениями, что предполагает возможность очной ставки между ними.

3. Основанием для очной ставки является наличие существенных противоречий в ранее данных показаниях. Существенное противоречие — это расхождение в показаниях, порождающее разумное сомнение в тех обстоятельствах, установление которых нужно для принятия процессуальных решений.

4. Специальным условием очной ставки является обязательный предварительный допрос участников.

5. При применении норм, регламентирующих очную ставку, следует учесть международно-правовой принцип, имеющий приоритет перед внутренним законодательством: право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (право на очную ставку) и право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него (п. 3 «e» ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 «d» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Таким образом, обвиняемый имеет право на очную ставку со свидетелем обвинения, а следователь не вправе отказать ему в этом. По УПК РФ это право полностью реализуется только в судебном производстве.

Так называемое право на очную ставку в действительности является правом на перекрестный допрос (право на участие в допросе). Перекрестный допрос необходимо отличать от очной ставки с участием обвиняемого или потерпевшего. В очной ставке они являются допрашиваемыми, «объектами» допроса. Им задают вопросы, а они отвечают. При перекрестном допросе подсудимый и потерпевший являются

субъектами допроса, допрашивающими и сами задают вопросы допрашиваемому, а не друг другу.

6. Очная ставка не должна подменять предъявление для опознания. Поэтому при необходимости отождествления одним участником очной ставки другого надо сначала провести опознание, а уже после этого — очную ставку.

Эти же требования распространяются на предъявление на очной ставке вещественных доказательств и документов (об этом см. комм. к ст. 189).

7. В отличие от обычного допроса, на очной ставке лица поочередно дают показания по противоречивым обстоятельствам (ч. 2 ст. 193 УПК). Затем им могут быть заданы вопросы следователем. С разрешения следователя участники очной ставки могут задать вопросы друг другу. Оглашение ранее данных показаний — производного доказательства — допускается только после дачи показаний на очной ставке — первоначального доказательства.

Оглашение ранее данных показаний перед дачей показаний на очной ставке рассматривается как наводящий вопрос (ч. 2 ст. 189 УПК).

Особенностью фиксации хода и результатов очной ставки является поочередная запись показаний и дополнительное их удостоверение подписью участника очной ставки.

8. Протокол очной ставки (приложение 63 к ст. 476 УПК) содержит показания, поэтому на него распространяются требования п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК (недопустимость показаний подозреваемого и обвиняемого, данных в отсутствие защитника, при их неподтверждении в суде) и ст. 276, 281 УПК (запрет оглашения показаний в суде без согласия сторон).

СТАТЬЯ 193
ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ДЛЯ ОПОЗНАНИЯ

1. Следователь может предъявить для опознания лицо или предмет свидетелю, потерпевшему, подозреваемому или обвиняемому. Для опознания может быть предъявлен и труп.

2. Опознающие предварительно допрашиваются об обстоятельствах, при которых они видели предъявленные для опознания лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым они могут его опознать.

3. Не может проводиться повторное опознание лица или предмета тем же опознающим и по тем же признакам.

4. Лицо предъявляется для опознания вместе с другими лицами, по возможности внешне сходными с ним. Общее число лиц, предъявляемых для опознания, должно быть не менее трех. Это правило не распространяется на опознание трупа. Перед началом опознания опознаваемому предлагается занять любое место среди предъявляемых лиц, о чем в протоколе опознания делается соответствующая запись.

5. При невозможности предъявления лица опознание может быть проведено по его фотографии, предъявляемой одновременно с фотографиями других лиц, внешне сходных с опознаваемым лицом. Количество фотографий должно быть не менее трех.

6. Предмет предъявляется для опознания в группе однородных предметов в количестве не менее трех. При невозможности предъявления предмета его опознание проводится в порядке, установленном частью пятой настоящей статьи.

7. Если опознающий указал на одно из предъявленных ему лиц или один из предметов, то опознающему предлагается объяснить, по каким приметам или особенностям он опознал данные лицо или предмет. Наводящие вопросы недопустимы.

8. В целях обеспечения безопасности опознающего предъявление лица для опознания по решению следователя может быть проведено в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым. В этом случае понятые находятся в месте нахождения опознающего.

9. По окончании опознания составляется протокол в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса. В протоколе указываются условия, результаты опознания и по возможности дословно излагаются объяснения опознающего. Если предъявление лица для опознания проводилось в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемым опознающего, то это также отмечается в протоколе.

1. Предъявление для опознания представляет собой процессуальное отождествление по мысленному образу лицом объекта, который оно ранее воспринимало.

Восприятие объекта до опознания и его отождествление во время опознания происходит без использования специальных познаний и технических средств. Этим оно отличается от идентификационной экспертизы.

Данное следственное действие имеет особую процедуру, чем отличается от иных способов идентификации по мысленному образу. Факт узнавания лиц или предметов может иметь место как вне уголовного процесса (случайная встреча, оперативное отождествление личности), так и при производстве процессуальных действий (очная ставка). Такое узнавание может быть установлено с помощью различных доказательств: показаний, документов, протоколов. Однако наилучшие гарантии идентификации обеспечены именно при предъявлении для опознания. Поэтому недопустимо подменять опознание другими следственными действиями.

2. Основанием предъявления для опознания является одновременное наличие следующих обстоятельств:

1) необходимость в интересах доказывания в первичном отождествлении лицом объекта, который оно могло воспринимать ранее. Если объект уже точно юридически определен с помощью других способов и средств доказывания, то потребность в предъявлении для опознания не возникает;

2) данные о том, лицо способно узнать объект по признакам, которые:

а) не требуют для своего выявления специальных познаний (иначе нужна экспертиза). Например, для определения подлинности картины опознание не предназначено;

б) не являются индивидуально-определенными и хорошо известными опознающему. Так, бессмысленно опознание предмета по дарственной надписи, лица — по особым приметам, или лица, с которым опознающий состоит в дружеских отношениях. В таких ситуациях достаточно сравнить протокол осмотра, в котором описана дарственная надпись, и показания о ней.

В следственной практике для опознания иногда предъявляются хорошо знакомые опознающему лица, если последние отрицают факт знакомства, имеющий юри-

дическое значение, или опознающий не знает фамилии опознаваемого. Представляется, что при таких обстоятельствах есть основания для производства не опознания, а очной ставки (существенные противоречия в показаниях), или предъявления фотографии на допросе. Установление факта знакомства происходит не путем отождествления, а путем устранения противоречия в показаниях. Сам же результат узнавания в этих ситуациях — заведомо положительный (т.е. процедура предъявления среди других объектов не нужна). В данных случаях способность лица узнать объект под сомнение не ставится. В указанных случаях не нужен и запрет на повторное опознание.

Единственное исключение здесь составляет опознание в целях установления личности умершего или проверки достоверности утверждения опознающего о знакомстве с опознаваемым объектом. Такое опознание вполне правомерно, несмотря на узнавание опознаваемым хорошо известного ему объекта одномоментно (т.н. симультанное отождествление).

3. Специальным условием опознания служит предварительный допрос опознающего об обстоятельствах, при которых он воспринимал объект, и о признаках, по которым он может опознать объект. В противном случае опознание не будет иметь доказательственного значения.

Условия предъявления для опознания должны быть максимально близкими к тем, при которых происходило первоначальное восприятие объекта опознающим. В части воссоздания условий (например, туалет трупа) опознание сходно со следственным экспериментом.

4. В качестве опознающего может выступать свидетель, потерпевший, подозреваемый и обвиняемый. Свидетель и потерпевший перед опознанием предупреждаются об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний (см. комм. к ст. 164*).*

Указанные лица могут выступать и в качестве опознаваемых.

5. Закон прямо предусматривает лишь визуальное опознание, что вытекает из используемых терминов: «они видели» (ч. 2 ст. 193), «внешне сходных» (ч. 4 ст. 193). Однако опознание возможно и другими органами чувств, по голосу и речи, на ощупь (слепой вполне способен узнать объект по тактильным ощущениям, что может быть дополнительно подтверждено следственным экспериментом).

При этом предъявление для опознания необходимо отличать от так называемой одорологической экспертизы, в т.ч. с использованием биологических детекторов (собак). Опознание проводится человеком, с использованием его собственных органов чувств.

6. Запрет повторного опознания связан с порождением им практически неустранимого сомнения в том, что опознающий узнал объект не по тому образу, который сохранился в памяти с момента преступления, а по тому, который возник в результате первоначального опознания. Вместе с тем важно уточнить, что повторным является опознание *тем же лицом и по тем же самым признакам*. Опознание будет совершенно другим действием при качественном изменении, например, признаков объекта опознания. Один и тот же объект можно опознавать по разным признакам (предмету). Например, первоначальное опознание человека по его фотографии не препятствует предъявлению для опознания самого лица для его идентификации по походке. Из этого правила вытекает практическая рекомендация для следователя: по возможнос-

ти следует проводить несколько опознаний для установления одного и того же обстоятельства. Например, отдельно предъявить для опознания одежду обвиняемого и самого обвиняемого.

Повторное опознание не допускается и тогда, когда первоначальное было проведено с существенным нарушением норм УПК или когда первоначальное узнавание состоялось вне процессуальной формы (например, при оперативном отождествлении личности).

7. Комм. статья по объектам опознания предусматривает его следующие виды: опознание живых лиц, опознание предметов, опознание трупа, опознание по фотографии. К этому списку иногда добавляется опознание животных, объектов на местности.

8. Опознание лиц имеет наиболее сложную процедуру, родовую по отношению к опознанию других видов.

1) Опознаваемое лицо (обвиняемый, подозреваемый, потерпевший или свидетель) предъявляется для опознания в числе не менее двух других лиц, именуемых обычно статистами. Они подбираются с учетом трех требований: а) статисты должны быть сходны с опознаваемым по тем признакам, которые указал опознающий в своих показаниях; б) опознаваемый не должен явно выделяться среди статистов ростом, цветом волос, одеждой (например, недопустимо, когда опознаваемый предъявляется для опознания в своей одежде среди двух других лиц в униформе), наличием наручников, отсутствием шнурков, особыми приметами и т.п.; в) статисты не должны быть знакомы опознающему. Эти требования обеспечивают отсутствие наводящей на опознаваемого обстановки. Так, существенным нарушением процедуры предъявления для опознания Президиумом областного суда по конкретному делу было признано то, что на опознание потерпевшему К. подозреваемый С. был представлен вместе со статистами О. 1966 г. рождения и Т., который был моложе подозреваемого С. на 11 лет, но в протоколе не было отмечено, как выглядят О. и Т.[1]

Наводящая обстановка при опознании может быть создана искусственно, например неожиданными для следователя действиями обвиняемого. Для предотвращения этого можно произвести опознание в условиях, когда опознаваемый не видит опознающего, или предъявить для опознания фотографию, видеозапись.

Как наводящая обстановка может быть расценено и предварительное восприятие опознающим опознаваемого (например, случайно в коридоре перед опознанием или в результате оперативных мероприятий). Предварительное знакомство потерпевшего с фотографией обвиняемого также может поставить под сомнение достоверность дальнейшего опознания (если во время опознания самого обвиняемого потерпевший будет наблюдать те же признаки, которые были отражены на фотографии).

Наводящей обстановкой является и одновременное опознание несколькими лицами одного объекта.

2) Обязательными участниками опознания являются понятые, поскольку в основе данного следственного действия лежит метод наблюдения (см. комм. к ст. 170).

3) Перед началом предъявления опознаваемому предлагается занять любое место среди статистов. После этого вызывается опознающий. Существенно, чтобы порядок вызова исключал возникновение сомнений о наличии «подсказки» опознающе-

[1] БВС РФ. 1994. № 5.

му о местоположении опознаваемого. Способ вызова опознающего как существенное обстоятельство должен быть отражен в протоколе.

4) Опознающему предлагается указать лицо, о котором он дал показания. При этом он должен обязательно пояснить, по каким признакам узнает опознаваемого. Отсутствие таких объяснений делает протокол опознания недопустимым доказательством. При этом указанные признаки (приметы и особенности) должны быть *достаточными* для идентификации личности опознаваемого. Так, например, недостаточным условием для предъявления для опознания признано указание свидетелем или потерпевшим лишь на приблизительный возраст преступника и цвет его одежды[1]. Неуверенность опознающего при опознании также ведет к отрицательному его результату. Она рассматривается как неустранимое сомнение, толкуемое в пользу обвиняемого, и влечет недопустимость протокола данного следственного действия. Так, например, при проведении расследования по конкретному уголовному делу свидетель З. пояснила, что предъявленный ей в процессе опознания С. похож на мужчину, ехавшего вместе с ней в автомашине, однако точно ли это он, она сказать не может, т.к. в машине было темно. Поэтому, как было признано судом, показания свидетеля З. «не входят в число доказательств, подтверждающих виновность С.»[2].

5) Ход и результаты опознания фиксируются в протоколе по правилам ст. 166, 167 УПК. В нем, как того требует ч. 4 ст. 166, должны быть приведены все юридически значимые обстоятельства, в т.ч. описана *внешность опознаваемого и статистов* (желательно, чтобы в протоколе имелись и их фотографии, сделанные не слишком далеко по времени от момента проведения опознания), указан год рождения каждого из них, отражен порядок вызова опознающего, его показания. Так, приговор по конкретному уголовному делу был отменен, в частности, по причине того, что опознание потерпевшим А. подозреваемого С. проводилось в числе двух других мужчин, а именно Г. и В. Однако в протоколе полностью отсутствовали сведения об их внешности, не было и фотографий, не указан год рождения В.[3].

Указание на приметы и особенности, по которым производилось опознание, должны содержаться именно в протоколе данного следственного действия, изготовленного на установленном бланке (приложения 64—68 к ст. 476 УПК), а не на постороннем листе бумаги. Как видно из указанных приложений, подпись опознающего в протоколе должна дополнительно ставиться *непосредственно* после его объяснений, по каким приметам и особенностям он произвел опознание.

9. Опознание по фотографии допускается лишь при невозможности предъявления лица, поскольку фотография как «копия» производна от внешности человека[4]. Фотографии предъявляются в количестве не менее трех. Они также не должны создавать наводящую обстановку размером, цветом, ракурсом и т.п. По аналогии в практике применяется опознание по видеозаписи, которая более точно воспроизводит признаки объектов. Предъявленные фотографии прилагаются к протоколу опознания. Фотографии должны быть одного формата, вклеены в протокол и скреплены соответствующей печатью. Приговор по уголовному делу был отменен, в частности, потому,

---

[1] См. определение СК по УД ВС РФ от 31.07.97 № б/н // БВС РФ. 1998. № 2.

[2] БВС РФ. 1994. № 5.

[3] Там же.

[4] См. Определение КС РФ от 21.04.2005 г. № 240-О.

что, как видно из протокола предъявления для опознания по фотографиям, наклеенные фотографии опознаваемых лиц не были скреплены печатью; хотя все три фотографии были одинакового формата, опознаваемый С. изображен более крупным планом, чем двое других мужчин[1].

По фотографии можно опознавать и предметы, и объекты на местности, и животных (ч. 6 ст. 193 УПК).

10. Труп может быть предъявлен для опознания в единственном числе.

11. Предмет предъявляется в группе однородных предметов в количестве не менее трех. При этом опознаваемый предмет не должен явно выделяться среди других.

12. Предъявление для опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемым опознающего, впервые получило закрепление в законе (однако не было запрещено и ранее). Основания для данного вида опознания должны толковаться расширительно (не только обеспечение безопасности опознающего, но и предупреждение процессуальных нарушений со стороны опознаваемого). Для контроля над правильностью такого опознания понятые находятся вместе с опознающим. Там же должен находиться и участвующий в данном следственном действии защитник.

Технически такое опознание осуществляется с помощью односторонне прозрачного стекла (приложение 65 к ст. 476 УПК), с помощью технических средств (видеокамеры) или путем затемнения места нахождения опознающего и яркого освещения места нахождения опознаваемого.

13. В практике получило распространение встречное опознание, когда поочередно обвиняемый опознает потерпевшего, а потерпевший — обвиняемого (в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемым опознающего). Однако недопустимо предъявление для опознания, если опознающему опознаваемое лицо было показано заранее (например, в ходе оперативно-розыскных мероприятий, в процессе следственных действий).

14. При предъявлении для опознания соблюдаются общие правила производства следственных действий (см. комм. к ст. 164—170).

СТАТЬЯ 194
ПРОВЕРКА ПОКАЗАНИЙ НА МЕСТЕ

1. В целях установления новых обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, показания, ранее данные подозреваемым или обвиняемым, а также потерпевшим или свидетелем, могут быть проверены или уточнены на месте, связанном с исследуемым событием.

2. Проверка показаний на месте заключается в том, что ранее допрошенное лицо воспроизводит на месте обстановку и обстоятельства исследуемого события, указывает на предметы, документы, следы, имеющие значение для уголовного дела, демонстрирует определенные действия. Какое-либо постороннее вмешательство в ход проверки и наводящие вопросы недопустимы.

3. Не допускается одновременная проверка на месте показаний нескольких лиц.

---

[1] БВС РФ. 1994. № 5.

4. Проверка показаний начинается с предложения лицу указать место, где его показания будут проверяться. Лицу, показания которого проверяются, после свободного рассказа и демонстрации действий могут быть заданы вопросы.

1. Проверка показаний на месте состоит в даче лицом показаний и воспроизведении им своих действий в том месте, о котором он ранее дал показания.

Данное следственное действие отличается от допроса на местности и от опознания объектов на местности (т.к. включает воспроизведение действий), отличается от осмотра с участием лица и следственного эксперимента (т.к. включает дачу показаний).

2. Целями проверки показаний на месте являются: а) установление осведомленности лица о местности и обстоятельствах события; б) обнаружение ранее неизвестных обстоятельств (мест сокрытия трупа, похищенного, выброшенного орудия, оставленных следов, последовательности действий); в) уточнение ранее данных показаний.

3. Основанием для проверки показаний являются данные о том, что она может достичь своих целей.

4. Специальным условием проверки показаний на месте является предварительный допрос лица.

5. Проверке могут быть подвергнуты показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего.

6. При проверке показаний основное значение принадлежит инициативе действий лица, показания которого проверяются. Добровольность и самостоятельность его действий — основное условие допустимости результатов. Поэтому не допускается постороннее вмешательство в ход проверки, наводящие вопросы, одновременная проверка показаний нескольких лиц. По этой же причине проверка показаний начинается с указания лицом того места, где его показания будут проверяться, затем следует свободный рассказ (который не предусмотрен для допроса). Вопросы лицу задаются только после демонстрации им действий.

7. При производстве проверки показаний на месте обязательно участие понятых (ст. 170 УПК) и должны соблюдаться общие правила допроса (ст. 189 УПК).

8. Протокол проверки показаний на месте (приложение 108 к ст. 476 УПК) составляется с соблюдением требований ст. 166 и 190 УПК.

ГЛАВА 27. ПРОИЗВОДСТВО СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

СТАТЬЯ 195
ПОРЯДОК НАЗНАЧЕНИЯ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. Признав необходимым назначение судебной экспертизы, следователь выносит об этом постановление, а в случаях, предусмотренных пунктом 3 части второй статьи 29 настоящего Кодекса, возбуждает перед судом ходатайство, в котором указываются:

1) основания назначения судебной экспертизы;

2) фамилия, имя и отчество эксперта или наименование экспертного учреждения, в котором должна быть произведена судебная экспертиза;

3) вопросы, поставленные перед экспертом;

4) материалы, предоставляемые в распоряжение эксперта.

2. Судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями.

3. Следователь знакомит с постановлением о назначении судебной экспертизы подозреваемого, обвиняемого, его защитника и разъясняет им права, предусмотренные статьей 198 настоящего Кодекса. Об этом составляется протокол, подписываемый следователем и лицами, которые ознакомлены с постановлением.

4. Судебная экспертиза в отношении потерпевшего, за исключением случаев, предусмотренных пунктами 2, 4 и 5 статьи 196 настоящего Кодекса, а также в отношении свидетеля производится с их согласия или согласия их законных представителей, которые даются указанными лицами в письменном виде.

1. Производство судебной экспертизы — это следственное действие, состоящее из: а) назначения, б) проведения самостоятельного процессуального исследования лицом (лицами) на основе его специальных познаний и дачи им заключения (сообщения о невозможности дать заключение) по вопросам, поставленным осуществляющим производство по делу органом, и в) ознакомления сторон с результатами исследования. О понятии «экспертиза» см. комм. к п. 49 ст. 5.

К специальным относятся познания в узкой области человеческой деятельности, требующие особой подготовки. Эти познания могут быть в науке, технике, искусстве или ремесле, за исключением области права (в котором специалистами считаются сам следователь, дознаватель, прокурор, суд). Допускается использование специальных познаний в сфере технического (а не общеправового) характера о нарушениях отдельных правил (о технике безопасности, дорожного движения). Представляется, что специальные познания в форме экспертизы могут быть использованы в сфере иностранного и, отчасти, международного права. О понятии и статусе эксперта см. комм. к ст. 57.

Экспертизу как основную форму использования специальных познаний необходимо отличать от двух других форм:

1) использование специальных познаний самим следователем, например, при изъятии следов во время следственных действий. Эта форма явно отличается от экспертизы. При этом сам следователь не может выполнять обязанности эксперта;

2) помощь специалиста, которая, в свою очередь, может состоять из (ст. 58 УПК): а) содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов дела. Такие действия являются не самостоятельным исследованием, производятся в рамках других следственных действий; б) постановки вопросов эксперту. Эта деятельность составляет элемент назначения экспертизы, является ее подготовительным этапом; в) справочной деятельности в виде дачи разъяснений по специальным вопросам (справок) или дачи показаний в качестве «сведущего» свидетеля (например, о курсе валют или погоде в определенный день). В справочной деятельности сообщаются «готовые» данные без проведения исследования; г) проведения непроцессуальных исследований. Они могут быть проведены по поручению следователя как до возбуждения уголовного дела (является ли вещество наркотическим, денежная купюра поддельной, предмет оружием), так и после (ревизии, документальные проверки). Непроцессуальные ис-

следования проводятся и по инициативе сторон (калькуляция стоимости ремонта поврежденного автомобиля). Все такие исследования проходят вне уголовно-процессуальной формы, а их результаты приобщаются к делу в качестве заключения специалиста (ч. 3 ст. 80 УПК) или иных документов (ст. 84 УПК). Такие исследования, в отличие от экспертизы, не обеспечены процессуальными условиями и гарантиями, поэтому после возбуждения уголовного дела вместо них может, а в ряде случаев и должна, назначаться судебная экспертиза.

Специфика экспертизы как следственного действия состоит в том, что доказательственная информация получается не самим следователем, а по его поручению в результате исследования на основе специальных познаний процессуально собранных объектов. Поэтому доброкачественность заключения эксперта зависит не только от действий самого следователя, но и от качеств эксперта, самого исследования и представленных объектов.

При применении норм гл. 27 УПК РФ необходимо учитывать ФЗ от 31.05.2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 73), который подлежит применению в части, не противоречащей УПК.

2. Экспертиза является следственным действием, поэтому на нее распространяются общие правила производства следственных действий. См. комм. к ст. 164.

Цель производства экспертизы состоит в установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному уголовному делу, посредством разрешения вопросов, требующих специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла (ст. 2 ФЗ № 73).

Основанием для назначения экспертизы является необходимость установления фактов с помощью заключения эксперта — особого источника доказательств как результата самостоятельного процессуального исследования на основе специальных познаний. Вопрос об этой необходимости решается субъектом, ведущим производство по делу. Однако в некоторых случаях назначение экспертизы является обязательным. См. комм. к ст. 196.

Если по делу достаточно получить справку (разъяснение) специалиста без проведения исследований, то основания для экспертизы отсутствуют.

Специальными условиями для назначения экспертизы являются достаточность объектов для исследования, наличие научно обоснованной экспертной методики по данному предмету и, по общему правилу, согласие свидетеля и потерпевшего на их исследование.

Объекты экспертизы — это то, что исследуется (материалы дела, вещественные доказательства, документы, предметы, животные, трупы и их части, изъятые образцы, живые лица — ст. 10 ФЗ № 73).

Предмет экспертизы — это та часть объектов, которая может быть исследована данными методами. Поэтому предмет экспертизы выражается в круге вопросов, на которые эксперт может ответить, круге обстоятельств, которые могут быть установлены средствами данной экспертизы. В одном и том же объекте может быть несколько предметов исследования (потожировой след пальца руки исследуется на предмет узора или химического состава пота-жира). По предмету проводится криминалистическая классификация экспертиз. Предмет экспертизы определяет пределы специальных познаний эксперта.

Экспертиза производится после возбуждения уголовного дела. Однако постановление о назначении экспертизы может быть вынесено еще до получения согласия прокурора на возбуждение дела. В неотложных случаях производство экспертизы допускается и до получения согласия прокурора (об этом см. комм. к ст. 146).

О других общих условиях назначения экспертизы см. комм. к ст. 164.

3. Комм. статья регламентирует первый этап производства экспертизы — ее назначение. Он включает в себя: а) вынесение постановления о назначении экспертизы (о возбуждении перед судом ходатайства о назначении экспертизы связанной с помещением обвиняемого или подозреваемого в медицинский стационар); б) ознакомление с постановлением обвиняемого (подозреваемого), его защитника, потерпевшего, его представителя и разъяснение им прав; в) получение в необходимых случаях письменного согласия потерпевшего и свидетеля на их экспертное исследование.

О помещении обвиняемого или подозреваемого в медицинский стационар для производства экспертизы см. комм. к ст. 203.

4. Часть 1 комм. статьи предъявляет специальные требования к содержанию постановления о назначении экспертизы (его мотивированности). При этом особое внимание следует обратить на следующие моменты:

1) содержание постановления и прилагаемые к нему материалы должны быть достаточны для дачи заключения. При их недостаточности эксперт откажет в даче заключения (п. 6 ч. 3 ст. 57, ч. 5 ст. 199 УПК). Для обеспечения достаточности материалов в постановлении целесообразно описать суть дела (фабулу), к постановлению в некоторых случаях приложить копии материалов дела, а иногда и все уголовное дело;

2) поставленные перед экспертом вопросы должны полно охватывать устанавливаемый факт, иметь недвусмысленную формулировку и не выходить за пределы специальных познаний эксперта. Для этого полезно ознакомиться с методическими рекомендациями для данного вида экспертиз и получить консультацию самого эксперта или специалиста (ч. 1 ст. 58 УПК);

3) в постановлении должны быть указаны индивидуальные признаки объектов экспертизы, их упаковка, чтобы исключить сомнение в подмене объектов.

Кроме того, в постановлении требуется сделать отметку о добровольном или принудительном проведении экспертизы в отношении живых лиц (см. комм. к ч. 4 ст. 195), о решении следователя присутствовать при производстве экспертизы (ст. 197 УПК).

Если экспертиза производится вне экспертного учреждения (ч. 5 ст. 199 УПК), то предварительно следователь устанавливает компетентность эксперта и отсутствие оснований для его отвода. Эти обстоятельства также должны найти отражение в материалах дела и в постановлении о назначении экспертизы.

Бланки постановлений предусмотрены приложениями 118, 119, 120 к ст. 476 УПК и могут быть дополнены вышеуказанными отметками.

Постановление (определение) о назначении экспертизы является единственным юридическим основанием для ее производства и не может быть заменено другим документом.

5. Государственным судебным экспертом является аттестованный работник государственного судебно-экспертного учреждения, производящий судебную экспертизу в порядке исполнения своих должностных обязанностей (ст. 12 ФЗ № 73).

Государственными судебно-экспертными учреждениями являются специализированные учреждения или экспертные подразделения федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, созданные для организации и производства судебной экспертизы (ст. 11 ФЗ № 73). Подробнее о судебно-экспертных учреждениях см. комм. к п. 60 ст. 5.

Уровень квалификации государственных судебных экспертов обеспечивается их специальной подготовкой и каждые 5 лет подтверждается аттестацией (ст. 13 ФЗ № 73). Это отражается в специальных документах (например, для экспертов экспертных учреждений Министерства юстиции это свидетельство об аттестации эксперта, подтверждающее присвоение ему права самостоятельного производства экспертизы по конкретной специальности[1].

Производство экспертизы по уголовному делу может быть поручено и «иному эксперту из числа лиц, обладающих специальными познаниями». Это может быть «частный» эксперт (сотрудник негосударственного экспертного учреждения, обладающий соответствующей лицензией специалист) или любое другое физическое лицо, обладающее необходимыми познаниями (например, специалист музея или кинокритик может произвести искусствоведческую экспертизу для ответа на вопрос о признании предмета порнографическим).

При производстве экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении по ходатайству его руководителя органом, назначившим экспертизу, к участию в ней могут быть привлечены «иные эксперты», не работающие в данном учреждении (ст. 15 ФЗ № 73).

При этом государственный судебный эксперт не вправе осуществлять судебно-экспертную деятельность в качестве негосударственного эксперта, принимать поручения о производстве судебной экспертизы непосредственно от каких-либо органов или лиц, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения (ст. 16 ФЗ № 73).

Производство судебно-психиатрических экспертиз допускается только в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 ФЗ № 73).

О должностных правах и обязанностях государственного судебного эксперта см. ст. 16, 17 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

6. После вынесения постановления о назначении экспертизы следователь знакомит с ним заинтересованных лиц. Содержание ч. 3 ст. 195 УПК нуждается в расширительном толковании с учетом следующих моментов. С постановлением о назначении экспертизы знакомятся:

1) каждый подозреваемый и обвиняемый по данному делу и их защитники. Ознакомление с постановлением должно состояться даже тогда, когда экспертиза проведена до появления в деле подозреваемого и обвиняемого (о правах данных лиц при ознакомлении см. комм. к ст. 198);

---

[1] См. приказ Минюста РФ от 23.12.2004 г. № 196 «Об утверждении Положения об аттестации экспертов в государственных судебно-экспертных учреждениях Министерства юстиции Российской Федерации».

2) потерпевший, в отношении которого назначена экспертиза, его представители (ч. 2 ст. 198 УПК);

3) потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, если экспертиза была назначена по их ходатайству (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 10 ч. 4 ст. 44, ч. 2 ст. 159 УПК);

4) адвокат и законные представители свидетеля, если экспертиза производится в отношении него. Указанные лица вправе принести жалобу в суд (ст. 46 Конституции РФ) на постановление о назначении экспертизы в порядке ст. 125 УПК, следовательно, они имеют право с ним ознакомиться. Кроме того, для получения согласия законных представителей свидетеля на его экспертное исследование им должно быть предъявлено постановление. В связи с этим при назначении экспертизы должны применяться по аналогии ч. 5 ст. 189, ст. 191 УПК.

Следователь вправе ознакомить с постановлением о назначении экспертизы и других лиц (например, гражданского ответчика).

Ознакомление с постановлением о назначении экспертизы предполагает некоторое изучение и объектов экспертизы, а также с данными, свидетельствующими о надлежащей квалификации эксперта[1].

Если психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, свидетеля или потерпевшего делает невозможным их ознакомление с постановлением о назначении экспертизы, то вместо них ознакомление производится их представителями. В отличие от УПК РСФСР (ст. 184) УПК РФ прямо не закрепил это правило, однако оно объективно необходимо.

Об ознакомлении заинтересованных лиц с постановлением о назначении экспертизы и разъяснении им соответствующих прав составляется протокол (приложения 123, 124 к ст. 476 УПК). В протокол заносятся ходатайства заинтересованных лиц (об отводе эксперта, о производстве экспертизы в другом экспертном учреждении и др.). Ходатайства рассматриваются по правилам ст. 159. При удовлетворении ходатайства постановление о назначении экспертизы изменяется.

7. Часть 4 комм. статьи предусматривает специальное условие для производства экспертизы в отношении потерпевшего и свидетеля — письменное согласие их самих или их законных представителей (если потерпевший или свидетель не достиг 16 лет или является недееспособным — ч. 3 ст. 28 ФЗ № 73). Согласие можно получить в виде надписи в постановлении о назначении экспертизы или в виде отдельного документа.

Принудительное экспертное исследование возможно в отношении потерпевшего для установления: а) характера и степени вреда, причиненного здоровью; б) его психического или физического состояния, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства дела и давать о них показания; в) его возраста, когда это имеет значение для дела, а документы о возрасте отсутствуют или вызывают сомнения (ч. 4 ст. 195, ст. 196 УПК).

Комм. статья прямо не предусматривает возможность принудительного экспертного исследования свидетеля. Однако она конкурирует с содержанием ч. 5 ст. 56 УПК, в которой предусмотрено принудительное производство экспертизы в отношении свидетеля в случаях, когда необходима оценка достоверности его показаний (ч. 1 ст. 179

[1] См. Определение КС РФ от 18.12.2003 г. № 429-О.

УПК). Сопоставление данных норм и отсутствие специальных указаний о принудительном исследовании потерпевшего (ст. 42 УПК) приводит к выводу о приоритете нормы ч. 5 ст. 56 УПК как специальной. В то же время для оценки достоверности показаний свидетеля назначение экспертизы является необязательным (ст. 196 УПК), это право, а не обязанность следователя.

Необходимость оценки достоверности показаний свидетеля может быть связана с исследованием его психических и физических способностей и состояний.

8. Решение о назначении судебной экспертизы может быть обжаловано в досудебном производстве заинтересованными лицами в порядке ст. 124, 125 УПК. Если экспертиза назначена судом в связи с помещением обвиняемого (подозреваемого) в медицинский стационар, то постановление суда может быть обжаловано в кассационном порядке (ст. 127 УПК).

СТАТЬЯ 196
ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ НАЗНАЧЕНИЕ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

Назначение и производство судебной экспертизы обязательно, если необходимо установить:

1) причины смерти;

2) характер и степень вреда, причиненного здоровью;

3) психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, когда возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве;

4) психическое или физическое состояние потерпевшего, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и давать показания;

5) возраст подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, когда это имеет значение для уголовного дела, а документы, подтверждающие его возраст, отсутствуют или вызывают сомнение.

1. Указанные в комм. статье обстоятельства по смыслу закона всегда требуют исследования на основе специальных познаний (экспертизы), даже при достаточности других доказательств.

2. Для установления причины смерти назначается судебно-медицинская экспертиза. При этом следует учесть, что при отсутствии признаков преступления (например, смерть в лечебном учреждении от длительного заболевания) такая экспертиза не назначается (и даже иногда не проводится патолого-анатомическое вскрытие — ст. 48 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.93 г.). Ее назначение нецелесообразно и при недоступности главного объекта исследования — трупа. В то же время для определения причины смерти возможно исследование документов, материалов дела.

Проведение судебно-медицинской экспертизы регламентируется ведомственными нормативными актами[1].

---

[1] См. Инструкцию по организации и производству экспертных исследований в бюро судебно-медицинской экспертизы, утв. приказом Минздрава РФ от 24.04.2003 г. № 161.

При назначении судебно-медицинской экспертизы эксперт не вправе давать юридическую оценку установленных обстоятельств и делать правоприменительные выводы (убийство — самоубийство, особая жестокость). О компетенции эксперта см. комм. к ст. 80.

3. Характер и степень вреда, причиненного здоровью, устанавливается также судебно-медицинской экспертизой с применением экспертных методик, установленных ведомственными нормативными актами. При этом следует обратить внимание, что установлению подлежат не только фактически наступившие последствия, но и вред, который мог быть причинен исходя из конкретных обстоятельств его причинения.

4. Установление психического состояния или способностей требует использования специальных познаний в области психиатрии и психологии. Физическое состояние может быть установлено и судебно-медицинской экспертизой.

Производство судебно-психиатрических экспертиз допускается только в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»). О порядке проведения экспертизы см. приказ Минздравсоцразвития РФ от 30.05.2005 г. № 370 «Об утверждении Инструкции об организации производства судебно-психиатрических экспертиз в отделениях судебно-психиатрической экспертизы государственных психиатрических учреждений».

Требуется обязательное назначение экспертизы для выяснения психического состояния подозреваемого или обвиняемого, когда возникает сомнение в его вменяемости как признака субъекта преступления или для установления квалифицирующих признаков (например, состояния аффекта). Факт невменяемости на момент производства по делу может повлечь особый порядок его рассмотрения (см. комм. к ст. 433), изменение подследственности (ч. 1 ст. 434 УПК).

При назначении этой экспертизы можно поставить дополнительный вопрос о способности осуществлять самостоятельную защиту своих прав. Возникновение сомнений в способности обвиняемого или подозреваемого самостоятельно защищать свои права и законные интересы может имеет место в случае, если имеются данные о том, что после совершения преступления у него наступило психическое расстройство либо если физические недостатки (дефекты зрения, слуха и т.д.) или соматическое заболевание осложняют его способность правильно воспринимать обстоятельства дела и принимать адекватные решения. Факт неспособности самостоятельно защищать свои права влечет обязательное участие в деле защитника (п. 3 ч. 1 ст. 51 УПК) уже до получения заключения эксперта, а именно с момента объявления постановления о назначении судебно-психиатрической экспертизы (п. 4 ч. 3 ст. 49 УПК).

5. Установление психического или физического состояния потерпевшего обязательно лишь тогда, когда его показания существенны для дела и возникает обоснованное сомнение в их достоверности. Физическое состояние потерпевшего может иметь значение квалифицирующего признака (например, беспомощное состояние в момент совершения преступления).

Свидетель также может быть подвергнут экспертному исследованию для оценки достоверности его показаний (см. комм. к ч. 4 ст. 195). Однако это исследование не является обязательным и связано с особым значением его показаний для дела (он единственный очевидец).

6. Возраст подозреваемого и обвиняемого имеет значение для дела как признак субъекта преступления (возраст уголовной ответственности — ст. 20 *УК*). Возраст

потерпевшего имеет значение для дела как квалифицирующий признак (когда Особенной частью *УК* предусмотрено совершение преступления в отношении несовершеннолетнего, в т.ч. не достигшего 16 или 14 лет, новорожденного).

Назначение судебно-медицинской экспертизы для установления возраста обязательно при одном из условий: а) отсутствие документов о возрасте; б) невозможность их получения; в) сомнения в их достоверности.

При оценке заключения эксперта конкретный возраст устанавливается с учетом толкования сомнений в пользу обвиняемого (ст. 14 УПК) (об этом см. комм. к ст. 421).

7. На практике сформировался обычай, расширяющий перечень случаев обязательного назначения экспертизы. Как правило, экспертиза назначается для установления вопросов: об отнесении предмета к оружию, к наркотическому веществу, поддельности денежной купюры, о причине взрыва, пожара, о механизме дорожно-транспортного происшествия и др.

Так, п. 2 постановления Пленума ВС РФ № 14 от 15.06.2006 г. «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» указывает, что суды должны располагать соответствующими заключениями экспертов или специалистов для определения вида средств и веществ (наркотическое, психотропное или их аналоги, сильнодействующее или ядовитое), их размеров, названий и свойств, происхождения, способа изготовления, производства или переработки, а также для установления принадлежности растений к культурам, содержащим наркотические вещества.

8. УПК РФ изменил систему санкций за нарушение требований об обязательном назначении экспертизы по сравнению со ст. 232, 343 УПК РСФСР. Теперь это не самостоятельное основание для отмены приговора и для возвращения дела для дополнительного расследования.

Как недостаток расследования (неполнота) отсутствие заключения эксперта может повлечь возвращение уголовного дела для производства дополнительного расследования прокурором (п. 3 ч. 1 ст. 221 УПК). Если данное обстоятельство будет выявлено в судебном производстве, то оно может быть исправлено назначением экспертизы в судебном следствии. При невозможности этого отсутствие заключения эксперта должно рассматриваться как пробел, неустранимое сомнение (разумеется, если обстоятельство действительно не доказано), которое в силу презумпции невиновности должно быть истолковано в пользу подсудимого (ст. 14 УПК).

СТАТЬЯ 197
ПРИСУТСТВИЕ СЛЕДОВАТЕЛЯ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. Следователь вправе присутствовать при производстве судебной экспертизы, получать разъяснения эксперта по поводу проводимых им действий.

2. Факт присутствия следователя при производстве судебной экспертизы отражается в заключении эксперта.

1. При производстве экспертизы кроме следователя вправе присутствовать те должностные лица, которые ее назначили (дознаватель, прокурор, начальник следственного отдела, принявший дело к своему производству).

Прокурор вправе присутствовать при производстве экспертизы и при осуществлении надзора за процессуальной деятельностью органов расследования (п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК).

2. О своем решении присутствовать при производстве экспертизы следователь уведомляет руководителя экспертного учреждения или эксперта заблаговременно (об этом целесообразно указать в постановлении о назначении экспертизы). Следователь вправе присутствовать на отдельном этапе экспертного исследования.

Неявка следователя не влечет приостановление исследований, т.к. его присутствие не обязательно.

Следователь может присутствовать при производстве экспертизы и по инициативе самого эксперта.

3. Экспертиза является самостоятельным исследованием, поэтому присутствующий следователь не вправе вмешиваться в ход исследований, но может давать пояснения, задавать вопросы эксперту, относящиеся к предмету судебной экспертизы, получать разъяснения эксперта.

Следователь не вправе присутствовать при составлении экспертом заключения, а также на стадии совещания экспертов и формулирования выводов, если судебная экспертиза производится комиссией экспертов (ст. 24 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»).

При проведении исследований, сопровождающихся обнажением лица, в отношении которого производится судебная экспертиза, может присутствовать следователь только того же пола (ст. 36 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности…»). Факт присутствия следователя отражается во вводной части заключения эксперта.

СТАТЬЯ 198
ПРАВА ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО, ПОТЕРПЕВШЕГО, СВИДЕТЕЛЯ ПРИ НАЗНАЧЕНИИ И ПРОИЗВОДСТВЕ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. При назначении и производстве судебной экспертизы подозреваемый, обвиняемый, его защитник вправе:

1) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;

2) заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;

3) ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

4) ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;

5) присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

6) знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта.

2. Свидетель и потерпевший, в отношении которых производилась судебная экспертиза, вправе знакомиться с заключением эксперта. Потерпевший пользу-

ется также правами, предусмотренными пунктами 1 и 2 части первой настоящей статьи.

1. Комм. статья устанавливает права заинтересованных лиц при назначении и производстве экспертизы. Толковать содержание комм. статьи следует с учетом принципа состязательности (ст. 15 УПК). Участие сторон — основное условие состязательности — обеспечивает независимость, полноту и объективность экспертного исследования. Своевременная реализация прав сторонами может предупредить назначение дополнительных и повторных экспертиз.

2. Перечень участников процесса, указанный в комм. статье, не исчерпывающий. Иные лица также обладают правами при назначении и производстве экспертизы. См. комм. к ч. 3 ст. 195.

3. Указанные в комм. статье права разъясняются участникам процесса при назначении экспертизы[1] или тогда, когда для этого представилась возможность, например, если экспертиза была уже проведена до появления в деле подозреваемого.

4. Об ознакомлении с постановлением о назначении экспертизы см. комм. к ч. 3 ст. 195.

5. Для обеспечения права заявить отвод эксперту участникам процесса должны быть разъяснены основания для отвода, указанные в ст. 70 УПК. Отвод может быть заявлен и после проведения экспертизы, тогда его удовлетворение влечет недопустимость заключения эксперта. В частности, основанием для отвода государственного судебного эксперта может быть нарушение им своих должностных обязанностей, например его вступление в личные контакты с участниками процесса, если это ставит под сомнение его незаинтересованность в исходе дела (ст. 16 ФЗ от 31.05.2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 73).

Часть 3 ст. 18 ФЗ № 73 содержит запрет на участие в экспертизе врача, который до ее назначения оказывал исследуемому лицу медицинскую помощь. Этот врач подлежит отводу, т.к. указанный Закон признает его заинтересованность в результате экспертизы (в подтверждении правильности лечения).

Отвод может быть заявлен руководителю государственного судебно-экспертного учреждения. Если установлена его заинтересованность в деле, то данному государственному судебно-экспертному учреждению не может быть поручено производство судебной экспертизы, а в случаях, когда указанное производство начато, оно немедленно прекращается (ч. 1 ст. 18 ФЗ № 73).

Стороны вправе ходатайствовать о производстве экспертизы в другом экспертном учреждении. Это ходатайство подлежит удовлетворению при сомнениях в незаинтересованности руководителя экспертного учреждения или работающих в данном учреждении экспертов. В частности, такого рода сомнения возникают, когда в качестве экспертного учреждения выступает подразделение органа дознания (ЭКО ОВД). Начальник таких подразделений состоит в служебной подчиненности от начальника органа дознания.

6. Стороны должны иметь право выбора тех экспертных учреждений и тех экспертов, которым они доверяют. Если эти учреждения и эксперты отвечают требова-

---

[1] См. Определение КС РФ от 18.06.2004 г. № 206-О.

ниям компетентности и независимости, то при наличии реальной возможности (финансовой, запаса времени) такое ходатайство подлежит удовлетворению. При этом следует учесть, что по новому УПК стороны вправе сами возместить расходы на производство экспертизы (см. комм. к ч. 1 ст. 131).

В связи со сказанным при выборе экспертного учреждения должно учитываться и мнение гражданского потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, оплативших расходы на экспертизу, назначенную по их ходатайству. Таким образом, содержание ч. 2 комм. статьи нуждается в расширительном толковании.

Выбор экспертного учреждения ограничен лишь для судебно-психиатрической экспертизы, которая может проводиться исключительно в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 ФЗ № 73).

7. По требованию сторон дополнительные вопросы эксперту должны быть внесены в постановление о назначении экспертизы (даже если они не точно сформулированы). Если дополнительные вопросы выходят за пределы предмета экспертизы (компетенции эксперта), то для ответа на них может понадобиться назначение другой экспертизы, в т.ч. комплексной (ст. 201 УПК). Сторонам разъясняется право ходатайствовать об этом.

От желания сторон не зависит исключение других поставленных перед экспертом вопросов.

8. Присутствие при производстве экспертизы может быть и обязанностью подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего (ч. 4 ст. 195 УПК), а в некоторых случаях и свидетеля (ч. 5 ст. 56 УПК), когда они сами являются объектами исследования.

Доставка и обеспечение присутствия при производстве экспертизы возлагается на орган, ее назначивший (ч. 3 ст. 27 ФЗ № 73). Поэтому для обеспечения присутствия подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или свидетеля может понадобиться участие самого следователя или работника органа дознания.

Участники процесса, присутствующие при производстве судебной экспертизы, не вправе вмешиваться в ход исследований, но могут давать объяснения и задавать вопросы эксперту, относящиеся к предмету судебной экспертизы.

Присутствие участников процесса не допускается при составлении экспертом заключения, а также на стадии совещания экспертов и формулирования выводов, если судебная экспертиза производится комиссией экспертов.

В случае если участник процесса, присутствующий при производстве судебной экспертизы, мешает эксперту, последний вправе приостановить исследование и ходатайствовать перед органом или лицом, назначившими судебную экспертизу, об отмене разрешения указанному участнику процесса присутствовать при производстве судебной экспертизы (ст. 24 ФЗ № 73).

При проведении исследований, сопровождающихся обнажением лица, в отношении которого производится судебная экспертиза, могут присутствовать только лица того же пола. Указанное ограничение не распространяется на врачей и других медицинских работников, участвующих в проведении указанных исследований (ст. 36 ФЗ № 73).

Кроме лиц, указанных в комм. статье, при производстве экспертизы могут присутствовать любые другие участники процесса при разрешении органа, назначившего экспертизу, и согласии лица, в отношении которого проводится экспертиза (ст. 36 ФЗ № 73).

9. Об ознакомлении с заключением эксперта см. комм. к ст. 206.

10. Часть 2 комм. статьи предусматривает право свидетеля и потерпевшего знакомиться с заключением эксперта, сообщением о невозможности дать заключение и с протоколом допроса эксперта и права потерпевшего на ознакомление с постановлением о назначении экспертизы и на заявление отвода эксперту.

Содержание комм. нормы нуждается в расширительном толковании.

1) Правами при назначении и производстве экспертизы обладает более широкий круг лиц: а) представители потерпевшего; б) потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, если любая экспертиза была назначена по их ходатайству (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 10 ч. 4 ст. 44, ч. 2 ст. 159 УПК); в) адвокат и законные представители свидетеля, если экспертиза производится в отношении него (об этом см. комм. к ч. 3 ст. 195).

2) Сам перечень прав участников процесса при назначении и производстве экспертизы не ограничен рамками комм. нормы. Если экспертиза назначена по ходатайству стороны, при этом за ее же счет (предварительное возмещение процессуальных издержек — ст. 131 УПК), то стороне логично предоставить права: участия в выборе экспертного учреждения, эксперта; в формулировании вопросов эксперту, заявления ему отвода; присутствия при производстве экспертизы.

3) Потерпевший как сторона процесса имеет право на ознакомление *со всеми* постановлениями о назначении судебных экспертиз и экспертными заключениями независимо от того, был он сам объектом исследования или нет[1].

11. Реализация предусмотренных комм. статьей прав (удовлетворение соответствующих ходатайств) может привести к изменению постановления о назначении экспертизы, вида экспертизы. Ходатайства участников процесса при назначении и производстве экспертизы рассматриваются по правилам ст. 159 УПК.

12. Нарушение прав участников процесса при назначении и производстве экспертизы может послужить основанием для признания недопустимым заключения эксперта (ст. 75 УПК).

СТАТЬЯ 199
ПОРЯДОК НАПРАВЛЕНИЯ МАТЕРИАЛОВ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ДЛЯ ПРОИЗВОДСТВА СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. При производстве судебной экспертизы в экспертном учреждении следователь направляет руководителю соответствующего экспертного учреждения постановление о назначении судебной экспертизы и материалы, необходимые для ее производства.

2. Руководитель экспертного учреждения после получения постановления поручает производство судебной экспертизы конкретному эксперту или нескольким экспертам из числа работников данного учреждения и уведомляет об этом следователя. При этом руководитель экспертного учреждения, за исключением руководителя государственного судебно-экспертного учреждения, разъясняет эксперту его права и ответственность, предусмотренные статьей 57 настоящего Кодекса.

---

[1] См. Определение КС РФ от 04.11.2004 г. № 430-О по жалобе Старовойтовой О.В.

3. Руководитель экспертного учреждения вправе возвратить без исполнения постановление о назначении судебной экспертизы и материалы, представленные для ее производства, если в данном учреждении нет эксперта конкретной специальности либо специальных условий для проведения исследований, указав мотивы, по которым производится возврат.

4. Если судебная экспертиза производится вне экспертного учреждения, то следователь вручает постановление и необходимые материалы эксперту и разъясняет ему права и ответственность, предусмотренные статьей 57 настоящего Кодекса.

5. Эксперт вправе возвратить без исполнения постановление, если представленных материалов недостаточно для производства судебной экспертизы или он считает, что не обладает достаточными знаниями для ее производства.

1. Комм. статья предусматривает два порядка направления материалов уголовного дела для производства экспертизы, в зависимости от того, проводится ли экспертиза в экспертном учреждении (ч. 1—3 ст. 199) или вне экспертного учреждения (ч. 4 ст. 199 УПК).

2. Если экспертиза проводится в экспертном учреждении, то часть процессуальных полномочий возлагается на руководителя экспертного учреждения.

Процессуальный закон предусматривает два вида экспертных учреждений (см. п. 60 ст. 5 УПК):

1) государственные судебно-экспертные учреждения. Их деятельность регулируется ФЗ от 31.05.2001 г. № 73 «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 73).

Государственными судебно-экспертными учреждениями являются специализированные учреждения или экспертные подразделения федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, созданные для организации и производства судебной экспертизы (ст. 11 ФЗ № 73). Так, например, судебно-экспертные учреждения Минюста РФ производят свыше 20 различных родов экспертизы (приказ Минюста РФ от 14.05.2003 г. № 114), а экспертно-криминалистические подразделения ОВД — 27 (приказ МВД РФ от 29.06.2005 г. № 511).

Руководителем государственного судебно-экспертного учреждения является директор или начальник (заведующий) государственного судебно-экспертного учреждения либо приравненного к нему специализированного подразделения, осуществляющий функцию руководства при организации и производстве судебной экспертизы в соответствующем учреждении или подразделении. В качестве руководителя по его поручению может выступать заместитель (ст. 9 ФЗ № 73);

2) «иные» учреждения. Это могут быть как государственные учреждения, специально не предназначенные для производства экспертизы (например, научно-исследовательские институты или муниципальные учреждения, в частности, лечебные), так и негосударственные учреждения (независимые экспертные организации, иные предприятия). При этом в качестве «иного» экспертного учреждения не могут рассматриваться субъекты, не являющиеся юридическими лицами (например, кафедры, отделы, подразделения). В таких случаях экспертиза назначается не учреждению, а «частному» эксперту (ч. 4 ст. 199 УПК).

Об экспертных учреждениях см. комм. к п. 60 ст. 5.

3. При назначении экспертизы в экспертном учреждении постановление о назначении экспертизы и прилагаемые к нему материалы направляются руководителю учреждения.

Руководитель экспертного учреждения поручает производство экспертизы конкретному эксперту или комиссии экспертов данного учреждения, которые обладают специальными знаниями в объеме, требуемом для ответов на поставленные вопросы, и не подлежат отводу. Об этом уведомляется лицо, назначившее экспертизу.

Перед началом исследования руководитель экспертного учреждения разъясняет экспертам их права и обязанности, а также уголовную ответственность за дачу заведомо ложного заключения, за разглашение данных предварительного расследования, о чем отбирает подписку в виде отметки на постановлении о назначении экспертизы.

4. Кроме указанных в комм. статье процессуальных обязанностей руководителя экспертного учреждения, руководитель государственного судебно-экспертного учреждения также обязан (в силу ст. 14 ФЗ № 73):

— обеспечить контроль за соблюдением сроков производства судебных экспертиз, полнотой и качеством проведенных исследований, не нарушая принцип независимости эксперта;

— по окончании исследований направить заключение эксперта, объекты исследований и материалы дела в орган или лицу, которые назначили судебную экспертизу;

— обеспечить условия, необходимые для сохранения конфиденциальности исследований и их результатов;

— не разглашать сведения, которые стали ему известны в связи с организацией и производством судебной экспертизы, в т.ч. сведения, которые могут ограничить конституционные права граждан, а также сведения, составляющие государственную, коммерческую или иную охраняемую законом тайну;

— обеспечить условия, необходимые для проведения исследований (наличие оборудования, приборов, материалов и средств информационного обеспечения; сохранность представленных объектов исследований и материалов дела);

— самостоятельно (без следователя) не истребовать объекты экспертизы; не привлекать к производству экспертизы лиц, не работающих в данном учреждении;

— не давать эксперту указания, предрешающие содержание выводов по конкретной судебной экспертизе.

Руководитель экспертного учреждения вправе возвратить без исполнения постановление о назначении экспертизы, если в его учреждении нет эксперта требуемой специальности любо условий для проведения данных исследований. Решение руководителя должно быть мотивировано.

Если недостаточно представленных материалов для исследования или субъективной компетенции эксперта, то постановление возвращается самим экспертом через руководителя учреждения (ч. 5 ст. 199 УПК).

5. Процессуальные права руководителя государственного судебно-экспертного учреждения дополняются в соответствии со ст. 15 ФЗ № 73:

— ходатайствовать перед органом или лицом, назначившими судебную экспертизу, о включении в состав комиссии экспертов лиц, не работающих в данном учреждении, если их специальные знания необходимы для дачи заключения;

— организовывать производство судебной экспертизы с участием других учреждений, указанных в постановлении или определении о назначении судебной экспертизы;

— передавать часть обязанностей и прав, связанных с организацией и производством судебной экспертизы, своему заместителю, а также руководителю структурного подразделения учреждения, которое он возглавляет;

— требовать от органа или лица, назначивших судебную экспертизу, возмещения расходов, входящих в процессуальные издержки (иные расходы возмещаются в порядке гражданского судопроизводства).

6. Вторая разновидность направления материалов для производства экспертизы предусмотрена ч. 4 ст. 199 УПК. Это назначение экспертизы вне экспертного учреждения, т.н. частному эксперту. Необходимость этого может быть связана с отсутствием такого рода специалистов в экспертных учреждениях (например, искусствоведческая экспертиза) или с ходатайством заинтересованных лиц.

7. При назначении экспертизы вне экспертного учреждения следует учесть ряд особенностей:

1) в качестве частного эксперта не может выступать государственный судебный эксперт (ст. 16 ФЗ № 73);

2) производство судебно-психиатрических экспертиз допускается только в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 ФЗ № 73);

3) до назначения экспертизы вне экспертного учреждения следователь должен установить специальность и компетентность частного эксперта (образование, опыт работы, «авторитетность»). После вынесения постановления о назначении экспертизы следователь вызывает к себе «частного» эксперта, удостоверяется в его личности, специальности и компетенции, устанавливает отсутствие оснований к отводу, вручает постановление о назначении экспертизы, разъясняет права и обязанности эксперта по ст. 57 УПК, предупреждает об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения по ст. 307 *УК* и за разглашение данных предварительного расследования по ст. 310 *УК*. О выполнении этих действий делается отметка в постановлении о назначении экспертизы, которая удостоверяется подписью эксперта. При этом целесообразно установить срок проведения исследования, в общем виде его методы, в т.ч. определить допустимые повреждения объектов экспертизы, разъяснить эксперту форму заключения.

Вызов частного эксперта производится по правилам ст. 188 УПК.

После дачи частным экспертом заключения оно направляется непосредственно органу, назначившему экспертизу;

4) между частным экспертом и органом, назначающим экспертизу, заключается гражданско-правовой договор, по которому работа частного эксперта должна быть оплачена. Эти расходы относятся к судебным издержкам и могут быть возмещены не только за счет государства, но и за счет сторон (ч. 1 ст. 131 УПК).

8. Отказ эксперта дать заключение (п. 6 ч. 3 ст. 57 УПК) в виде письменного сообщения о невозможности дать заключение (п. 6 ч. 1 ст. 198 УПК) может быть заявлен как частным, так и государственным судебным экспертом. Основанием для этого является недостаточность или непригодность материалов для исследования или недостаточная компетенция самого эксперта.

Необоснованный отказ дать заключение влечет для государственного эксперта дисциплинарную ответственность, а для частного — гражданско-правовую (по заключенному договору).

При недостаточности материалов для исследования эксперт вправе ходатайствовать перед следователем о предоставлении дополнительных материалов. При недостаточной компетенции эксперт вправе ходатайствовать о привлечении к экспертизе других экспертов (п. 2 ч. 3 ст. 57 УПК).

9. В главе 27 УПК, посвященной экспертизе, отсутствуют специальные нормы, посвященные непосредственно проведению самого экспертного исследования. Это объясняется самостоятельностью эксперта, который лично выбирает методы экспертизы. В то же время общие требования к исследованию существуют:

1) методика исследования должна быть научно обоснована и апробирована. Заключение эксперта должно основываться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных (ст. 8 ФЗ № 73);

2) эксперту запрещено самостоятельно собирать объекты для исследования (за исключением экспериментальных экспертных образцов). См. комм. к ст. 202;

3) соблюдение общих правил производства следственных действий (дневное время, запрет незаконных мер, насилия, угроз, обмана, унижения чести и достоинства, повреждение имущества и др.). См. комм. к ст. 164;

4) запрещено испытание новых лекарственных средств, методов диагностики, профилактики и лечения болезней, а также проведение биомедицинских экспериментальных исследований с использованием в качестве объекта лица, в отношении которого производится судебная экспертиза (ст. 31 ФЗ № 73). Запрещены к применению методы исследований, сопряженные с сильными болевыми ощущениями или способные отрицательно повлиять на здоровье лица, методы оперативного вмешательства, а также методы, запрещенные к применению в практике здравоохранения законодательством. Лицо, в отношении которого производится судебная экспертиза, должно быть информировано в доступной для него форме о методах исследований, применяемых в отношении него, включая альтернативные, возможных болевых ощущениях и побочных явлениях. Указанная информация предоставляется также заявившему соответствующее ходатайство законному представителю лица, в отношении которого производится судебная экспертиза (ст. 35 ФЗ № 73);

5) ведомственными нормативными актами установлены сроки производства экспертизы. Иногда законом четко определено время нахождения обвиняемых в медицинском стационаре — 30 дней (с возможным продлением до 90 дней) — ст. 30 ФЗ № 73.

10. Более детально регулируют порядок проведения тех или иных экспертиз ведомственные инструкции:

— приказ МВД РФ от 29.06.2005 г. № 511 «Вопросы организации производства судебных экспертиз в экспертно-криминалистических подразделениях органов внутренних дел Российской Федерации»;

— приказ Минюста РФ от 20.12.2002 г. № 347 «Об утверждении Инструкции по организации производства судебных экспертиз в судебно-экспертных учреждениях системы Министерства юстиции Российской Федерации»;

— приказ Минздрава РФ от 24.04.2003 г. № 161 «Об утверждении Инструкции по организации и производству экспертных исследований в бюро судебно-медицинской экспертизы»;

— приказ Минздравсоцразвития РФ от 30.05.2005 г. № 370 «Об утверждении Инструкции об организации производства судебно-психиатрических экспертиз в от-

делениях судебно-психиатрической экспертизы государственных психиатрических учреждений».

СТАТЬЯ 200
КОМИССИОННАЯ СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

1. Комиссионная судебная экспертиза производится не менее чем двумя экспертами одной специальности. Комиссионный характер экспертизы определяется следователем либо руководителем экспертного учреждения, которому поручено производство судебной экспертизы.

2. Если по результатам проведенных исследований мнения экспертов по поставленным вопросам совпадают, то ими составляется единое заключение. В случае возникновения разногласий каждый из экспертов, участвовавших в производстве судебной экспертизы, дает отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласие.

1. Процессуальный закон определяет комиссионную экспертизу как исследование двух и более экспертов одной специальности. Однако специфика комиссионной экспертизы заключается именно в количестве экспертов, поэтому данный вид экспертизы выделяется по признаку субъекта исследования. Для исследования нескольких экспертов разных специальностей также применяются правила комиссионной экспертизы.

Комиссионная экспертиза противостоит единоличной экспертизе.

2. Специальным основанием для назначения комиссионной экспертизы может быть высокая субъективность суждений по характеру исследования (психиатрического, психологического, наркологического), сложность, объем и трудоемкость самих исследований.

3. Порядок назначения и производства комиссионной экспертизы подробно регулируется ст. 21 ФЗ от 31.05.2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее — ФЗ № 73). Нормы комм. статьи по аналогии могут быть применены и для производства комиссионной экспертизы в ином экспертном учреждении. При назначении комиссионной экспертизы вне экспертного учреждения все процессуальные и организационные функции руководителя учреждения выполняет лично лицо, назначившее экспертизу.

Решение о создании комиссии экспертов принимает орган, назначивший экспертизу, либо руководитель экспертного учреждения.

Если комиссионная экспертиза сразу назначена органом, ведущим дело, то это отражается в постановлении о назначении экспертизы (приложение 118 к ст. 476 УПК).

Если к такому решению приходит руководитель экспертного учреждения, то он должен мотивировать свое решение в каком-либо документе (распоряжении).

Организация и производство комиссионной судебной экспертизы возлагаются на руководителя государственного судебно-экспертного учреждения либо на руководителей нескольких государственных судебно-экспертных учреждений.

4. Комиссия экспертов согласует цели, последовательность и объем предстоящих исследований исходя из необходимости решения поставленных перед ней вопросов.

В составе комиссии экспертов, которой поручено производство судебной экспертизы, каждый эксперт независимо и самостоятельно проводит исследования, оцени-

вает результаты, полученные им лично и другими экспертами, и формулирует выводы по поставленным вопросам в пределах своих специальных знаний. Один из экспертов указанной комиссии может выполнять роль эксперта-организатора; его процессуальные функции не отличаются от функций остальных экспертов.

5. Если комиссионная экспертиза производится экспертами одной специальности, то каждый эксперт проводит исследование в полном объеме. Вся комиссия совместно анализирует полученные результаты (ст. 22 ФЗ № 73).

При отсутствии разногласий комиссия составляет единое заключение (сообщение о невозможности дать заключение), подписываемое каждым экспертом. При возникновении разногласий между экспертами каждый из них составляет собственное заключение по тем вопросам, которые вызвали разногласия. Отдельное заключение может составить эксперт, имеющий особое мнение.

6. Оценка таких заключений производится по общим правилам. См. комм. к ст. 88.

СТАТЬЯ 201
КОМПЛЕКСНАЯ СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

1. Судебная экспертиза, в производстве которой участвуют эксперты разных специальностей, является комплексной.

2. В заключении экспертов, участвующих в производстве комплексной судебной экспертизы, указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. Каждый эксперт, участвовавший в производстве комплексной судебной экспертизы, подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований, и несет за нее ответственность.

1. УПК РФ признает комплексной экспертизой ту, в которой участвует несколько экспертов разных специальностей. Тем самым она приравнивается к разновидности комиссионной.

Однако комплексная экспертиза выделяется не столько по субъекту исследования, сколько по его предмету. Поэтому комплексная экспертиза противостоит однородной (проводимой по одной специальности).

Главная особенность комплексной экспертизы состоит в том, что сначала выполняются исследования по отдельным предметам (специальностям) и даются промежуточные выводы, на основе которых формулируются итоговые ответы на поставленные вопросы.

Один и тот же эксперт может одновременно обладать специальными познаниями в разных областях науки, техники, ремесла или искусства. Это может быть подтверждено соответствующими допусками, свидетельствами. Поэтому реально возможно проведение комплексной экспертизы, которая одновременно является единоличной, а не комиссионной. Однако такая экспертиза в силу пробела в законе будет иметь обычное название, что может негативно отразиться на оценке ее результатов.

Признаками комплексной экспертизы обладает и такое исследование, когда эксперты одной специальности проводят отдельные и не зависимые друг от друга исследования в рамках узких специализаций, дают промежуточные выводы, а в итоге составляется общее заключение. Такие эксперты не оценивают работу одновременно в целом, поэтому к данным экспертизам должны применяться правила комплексных.

2. Порядок назначения и производства комплексной экспертизы подробно регулируется ст. 23 ФЗ от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Нормы названной статьи по аналогии могут быть применены и для производства комплексной экспертизы в ином экспертном учреждении.

При производстве комиссионной судебной экспертизы экспертами разных специальностей каждый из них проводит исследования в пределах своих специальных знаний. В заключении экспертов, участвующих в производстве комплексной экспертизы, указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый эксперт, какие факты он установил и к каким выводам пришел. Каждый эксперт, участвующий в производстве комплексной экспертизы, подписывает ту часть заключения, которая содержит описание проведенных им исследований, и несет за нее ответственность.

Общий вывод делают эксперты, компетентные в оценке полученных результатов и формулировании данного вывода. Если основанием общего вывода являются факты, установленные одним или несколькими экспертами, это должно быть указано в заключении.

Об организации комплексной экспертизы, проводимой несколькими экспертами, о последствиях возникновения разногласий см. комм. к ст. 200.

3. Особенностью оценки результатов комплексной экспертизы является учет «производности» общего вывода, который зависит от промежуточных выводов. Сомнение в обоснованности, полноте и объективности отдельного этапа исследования порождает сомнение в достоверности общего заключения.

СТАТЬЯ 202
ПОЛУЧЕНИЕ ОБРАЗЦОВ ДЛЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

1. Следователь вправе получить образцы почерка или иные образцы для сравнительного исследования у подозреваемого, обвиняемого, а также у свидетеля или потерпевшего в случаях, когда возникла необходимость проверить, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах, и составить протокол в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса, за исключением требования об участии понятых.

2. При получении образцов для сравнительного исследования не должны применяться методы, опасные для жизни и здоровья человека или унижающие его честь и достоинство.

3. О получении образцов для сравнительного исследования следователь выносит постановление. В необходимых случаях получение образцов производится с участием специалистов.

4. Если получение образцов для сравнительного исследования является частью судебной экспертизы, то оно производится экспертом. В этом случае сведения о производстве указанного действия эксперт отражает в своем заключении.

1. Образцы для сравнительного исследования нужны для проведения экспертизы по идентификации каких-либо объектов.

В качестве образцов ст. 9 ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» называет объекты, отображающие свойства или осо-

бенности человека, животного, трупа, предмета, материала или вещества, а также другие образцы, необходимые эксперту для проведения исследований и дачи заключения.

Однако образцы могут быть получены тремя различными способами: а) специальным процессуальным действием (ч. 1—3 ст. 202), б) одним из общих способов собирания доказательств (ст. 86), в) во время проведения экспертизы (ч. 4 ст. 202).

2. Получение образцов для сравнительного исследования как самостоятельное действие — это процессуальное изъятие органом расследования у подозреваемого, обвиняемого, свидетеля или потерпевшего объектов, отражающих их биологические или психофизические свойства, с целью проведения экспертизы. Это действие предназначено для изъятия образцов почерка, голоса, продуктов физиологической деятельности организма (слюна, кровь, волосы), отпечатков пальцев, зубов и др.

От других способов получения образцов предусмотренное комм. статьей действие отличается следующими признаками:

1) образцы отбираются от живых лиц. В противном случае используются любые другие способы собирания доказательств. Например, для получения образцов почерка обвиняемого берется его автобиография в отделе кадров по месту работы. Для получения отпечатков пальцев лица, судимого за совершение преступления, истребуется ранее полученная его дактилоскопическая карта;

2) образцы не обладают признаками вещественных доказательств (неповторимости). Например, микрочастицы из-под ногтей подозреваемого, сохранившие кровь потерпевшего, изымаются с помощью освидетельствования (ст. 179 УПК);

3) образцы недоступны для эксперта. Если само лицо подвергается стационарной экспертизе, то получение образцов является частью экспертного исследования (об этом см. комм. к ч. 4 ст. 202).

Для оценки свойств образцов их принято классифицировать:

а) по происхождению: естественные (продукты физиологической деятельности человека — кровь, слюна) и «искусственные» (продукты сознательной деятельности человека — почерк, промышленная продукция);

б) по отношению к времени формирования образцов и отношению к ним заинтересованных лиц: *свободные* образцы (сформированы вне связи с производством по делу, заинтересованные лица не могли их изменить — почерк документов, написанных до возбуждения дела); *несвободные* образцы или экспериментальные (получены в связи с производством по делу и заинтересованные лица знали об этом — получение образцов почерка следователем в порядке ч. 1—3 комм. статьи или иных образцов путем следственного эксперимента, получение образцов экспертом). Иногда выделяют *полусвободные* образцы (когда от заинтересованных лиц скрывается цель получения образцов, например, обвиняемому предлагается написать собственноручно объяснение).

3. Основанием для производства самостоятельного процессуального действия в виде получения образцов для сравнительного исследования является необходимость идентификации живого лица (подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или свидетеля) по оставленным им следам.

Согласно п. «ж» ст. 9 ФЗ от 25.07.98 г. «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации» подозреваемые и обвиняемые подлежат обязательному дактилоскопированию.

Получение образцов у свидетеля и потерпевшего допускается только для проверки, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах. Если образцы отбираются от них с целью уличить в совершении преступления (например, по делу об изнасиловании у свидетеля отбираются образцы спермы, по делу о подлоге отбираются образцы почерка), то такое лицо приобретает статус подозреваемого (см. комм. к ст. 46).

Образцы для исследования могут быть получены как по инициативе следователя, так и по ходатайству эксперта в добровольном или принудительном порядке (кроме экспериментальных образцов почерка, голоса). Об общих условиях применения мер процессуального принуждения см. комм. к ст. 97.

4. О получении образцов для сравнительного исследования следователь выносит постановление (приложение 121 к ст. 476 УПК).

При получении образцов должны соблюдаться общие условия производства следственных действий (см. комм. к ст. 164).

Получение образцов оформляется протоколом (приложение 122 к ст. 476 УПК) по правилам ст. 166, 167 УПК.

Закон не требует участия понятых при получении образцов. Однако их участие может быть обеспечено как по инициативе следователя, так и по инициативе заинтересованного лица (ч. 2 ст. 170). На практике понятых обычно приглашают при принудительном изъятии объектов.

Когда при изъятии образцов требуются специальные познания, следователь привлекает специалиста, например врача. В необходимых случаях получение образцов осуществляется с участием эксперта, которому поручено производство судебной экспертизы (ч. 3 ст. 19 ФЗ от 31.05.2001 г. № 73-ФЗ).

5. Часть 4 комм. статьи регламентирует особый способ получения образцов для сравнительного исследования — самим экспертом во время проведения экспертизы. Толковать данную норму нужно с учетом запрета эксперту самостоятельно собирать материал для производства экспертизы (п. 2 ч. 4 ст. 57 УПК; ст. 16 ФЗ от 31.05.2001 г.).

Получение образцов допускается самим экспертом как часть экспертного исследования при соблюдении одного из следующих условий:

1) образцы не являются индивидуально-определенными и место их обнаружения не имеет значения. Так, руководитель государственного судебно-экспертного учреждения вправе самостоятельно (без следователя) истребовать от любых организаций образцы их продукции (каталоги, документацию) — ст. 39 ФЗ от 31.05.2001 г. Например, эксперт для идентификации оружия от его изготовителя правомерно получает образцы патронов к этому оружию (определенные лишь по родовым признакам), чтобы отстрелить экспериментальные пули. Отстрел пуль — часть экспертного исследования.

Если необходимо получить индивидуально-определенные образцы продукции (из конкретной партии товара), то их получение производится с помощью следственных действий (обыск, выемка, осмотр);

2) образцы доступны для эксперта. Так, если обвиняемый (подозреваемый) находится в медицинском стационаре в связи с производством в его отношении судебной экспертизы, то у него могут быть получены образцы в рамках экспертизы как часть экспертного исследования. Согласно ст. 35 ФЗ от 31.05.2001 г. получение таких об-

разцов производится в присутствии двух медицинских работников данного медицинского учреждения, а принудительное получение образцов у лиц, направленных на судебную экспертизу в добровольном порядке, не допускается. И наоборот, если обвиняемый как объект исследования недоступен эксперту, то получение образцов производится следователем в порядке ч. 1—3 ст. 202.

Если организация отказывается добровольно предоставить эксперту образцы своей продукции, то они изымаются с помощью следственных действий (выемка, обыск).

Получение образцов экспертом во время экспертизы оформляется соответствующей записью в его заключении.

После завершения судебной экспертизы экспериментальные образцы направляются в орган или лицу, которые ее назначили, либо определенное время хранятся в государственном судебно-экспертном учреждении (ст. 19 ФЗ от 31.05.2001 г.).

6. Принудительное получение образцов для сравнительного исследования может быть обжаловано в порядке ст. 123—125 УПК.

СТАТЬЯ 203
ПОМЕЩЕНИЕ В МЕДИЦИНСКИЙ ИЛИ ПСИХИАТРИЧЕСКИЙ СТАЦИОНАР ДЛЯ ПРОИЗВОДСТВА СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. Если при назначении или производстве судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы возникает необходимость в стационарном обследовании подозреваемого или обвиняемого, то он может быть помещен в медицинский или психиатрический стационар.

2. Подозреваемый или обвиняемый, не содержащийся под стражей, помещается в медицинский или психиатрический стационар для производства судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 165 настоящего Кодекса.

3. В случае помещения подозреваемого в психиатрический стационар для производства судебно-психиатрической экспертизы срок, в течение которого ему должно быть предъявлено обвинение в соответствии со статьей 172 настоящего Кодекса, прерывается до получения заключения экспертов.

1. Помещение в стационар — это мера процессуального принуждения, состоящая во временном содержании обвиняемого или подозреваемого в медицинском стационаре для обеспечения его экспертного исследования.

Принудительное стационарное обследование допускается только в отношении обвиняемых или подозреваемых. При этом подозреваемый должен помещаться в стационар в исключительных случаях, поскольку еще не доказано его участие в совершении преступления.

Потерпевший и свидетель могут быть обследованы в стационаре в добровольном порядке. Для этого правила комм. статьи не распространяются.

Необходимость обследования в стационарных условиях обычно определяется на основе специальных познаний (после амбулаторной экспертизы, разъяснений специалиста). При этом сама судебно-медицинская или судебно-психиатрическая экспертиза может быть обязательной (см. комм. к ст. 196).

Основания для помещения в стационар должны быть указаны в постановлении о возбуждении перед судом ходатайства о назначении экспертизы, связанной со стационарным обследованием.

Содержание в медицинском стационаре ограничивает свободу и личную неприкосновенность, поэтому допускается только по судебному решению (см. комм. к ч. 2 ст. 29).

2. Понятия медицинского, психиатрического и судебно-психиатрического стационара даны в ст. 9 ФЗ от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

Медицинский стационар — это государственное медицинское учреждение, а равно его отделение, которые предназначены для круглосуточного содержания пациентов.

Разновидностью медицинского стационара является *психиатрический стационар* — государственное психиатрическое учреждение, а равно психиатрическое отделение государственного медицинского учреждения, которые предназначены для круглосуточного содержания пациентов.

Особой разновидностью психиатрического стационара является *судебно-психиатрический экспертный стационар*, который специально предназначен для производства судебно-психиатрической экспертизы.

В свою очередь, судебно-психиатрические экспертные стационары делятся еще на две группы: а) специально предназначенные для лиц, содержащихся под стражей, и б) предназначенные для лиц, не содержащихся под стражей.

3. Порядок помещения в медицинский стационар в досудебном производстве *формально* отличается в зависимости от того, содержится обвиняемый (подозреваемый) под стражей или нет.

1) Если обвиняемый (подозреваемый) не содержится под стражей, то для его помещения в медицинский стационар используется процедура, предусмотренная ст. 165 УПК (см. комм. к ней). Однако при этом следует учесть два обстоятельства: а) помещение в стационар не является неотложным действием, поэтому ч. 5 ст. 165 для него не применяется; б) в судебном заседании необходимо обеспечивать право на участие в нем самого обвиняемого или подозреваемого (по возможности, с учетом их состояния) и их представителей, в т.ч. защитника (п. 16 ч. 4 ст. 47 УПК в ред. от 01.07.2003 г.). Необходимость «очности» принятия решения вытекает из принципа состязательности (ст. 15 УПК), из права на обжалование данного решения, из смысла процессуального закона о запрете «заочного» ареста (ч. 4—5 ст. 108 УПК).

Конституционный Суд РФ подчеркивает, что уголовно-процессуальные нормы не предполагают право суда принимать решение по ходатайству следователя о помещении подозреваемого в психиатрический стационар без предоставления ему и (или) его защитнику возможности ознакомиться с таким ходатайством и изложить свою позицию по данному вопросу[1].

2) Если обвиняемый (подозреваемый) содержится под стражей в качестве меры пресечения, то для помещения его в стационар используется процедура, предусмотренная ст. 108 УПК. Это прямо предусмотрено ч. 1 ст. 435 УПК для помещения в психиатрический стационар. Лица, содержащиеся под стражей, помещаются для

---

[1] См. определения КС РФ от 18.06.2004 г. № 206-О; от 08.06.2004 г. № 194-О; от 21.12.2004 г. № 433-О.

производства судебной экспертизы в медицинские стационары, специально приспособленные для содержания в них указанных лиц.

Сопоставление этих двух процедур (ч. 4 ст. 108 и ст. 165 УПК) позволяет сделать вывод об отсутствии принципиальных различий между ними при принятии решения судом о помещении в медицинский стационар. В обоих случаях требуется участие стороны защиты, решения принимает суд по месту нахождения обвиняемого без условий неотложности. Единственным существенным отличием является определение специального медицинского стационара, приспособленного для содержания заключенных под стражу.

Орган или лицо, назначившие судебную экспертизу и поместившие лицо в медицинский стационар в принудительном порядке, обязаны в течение 24 часов известить об этом кого-либо из членов его семьи, родственников или иных лиц по его указанию, а при отсутствии таковых сообщить в ОВД по месту жительства указанного лица (ст. 29 ФЗ от 31.05.2001 г.).

4. ФЗ от 31.05.2001 г. устанавливает сроки и правила содержания в медицинском стационаре (ст. 30—32).

Первоначально срок содержания в стационаре устанавливается до 30 суток. В случае необходимости по мотивированному ходатайству эксперта или комиссии экспертов срок пребывания лица в медицинском стационаре может быть продлен постановлением судьи районного суда по месту нахождения указанного стационара еще на 30 дней.

Ходатайство о продлении срока должно быть представлено в суд не позднее чем за 3 дня до истечения 30-дневного срока. Судья выносит постановление и уведомляет о нем эксперта или комиссию экспертов в течение 3 дней со дня получения ходатайства. В случае отказа судьи в продлении срока пребывания лица в медицинском стационаре оно должно быть выписано из него. Руководитель медицинского стационара извещает о заявленном ходатайстве и вынесенном судьей постановлении лицо, находящееся в указанном стационаре, а также орган или лицо, назначившие судебную экспертизу. Эти лица (и представители) имеют право присутствовать в судебном заседании при рассмотрении ходатайства о продлении срока.

В исключительных случаях в таком же порядке возможно повторное продление срока пребывания лица в медицинском стационаре. При этом общий срок пребывания лица в указанном стационаре при производстве одной судебной экспертизы не может превышать 90 дней.

Время принудительного пребывания в медицинском стационаре засчитывается в срок содержания под стражей (п. 3 ч. 10 ст. 109 УПК).

Нарушение сроков может быть обжаловано в порядке ст. 123—125 УПК. Решение о продлении сроков может быть обжаловано в кассационном порядке.

Лицу, помещенному в медицинский стационар, должна быть предоставлена реальная возможность подачи жалоб, заявлений и ходатайств. Жалобы, поданные в соответствии с процессуальным законодательством, цензуре не подлежат и в течение 24 часов направляются адресату.

Лица, не содержащиеся под стражей, имеют право на возмещение расходов, связанных с производством судебной экспертизы, в порядке, предусмотренном ст. 131—132 УПК.

Эти лица в период производства судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы пользуются правами пациентов медицинских стационаров, установленными законодательством о здравоохранении.

В случае совершения лицом, не содержащимся под стражей, не страдающим тяжелым психическим расстройством, действий, угрожающих жизни и здоровью окружающих или дезорганизующих работу психиатрического стационара, администрация данного стационара сообщает об этом в ОВД, который должен принять к нарушителю меры, направленные на пресечение указанных действий. Такие нарушения могут повлечь избрание более строгой меры пресечения (см. комм. к ст. 110).

5. Решение о принудительном помещении в медицинский стационар, о продлении срока пребывания в нем могут быть обжалованы в кассационном прядке.

6. Об отложении предъявления обвинения см. комм. к ст. 100, 172.

СТАТЬЯ 204
ЗАКЛЮЧЕНИЕ ЭКСПЕРТА

1. В заключении эксперта указываются:

1) дата, время и место производства судебной экспертизы;

2) основания производства судебной экспертизы;

3) должностное лицо, назначившее судебную экспертизу;

4) сведения об экспертном учреждении, а также фамилия, имя и отчество эксперта, его образование, специальность, стаж работы, ученая степень и (или) ученое звание, занимаемая должность;

5) сведения о предупреждении эксперта об ответственности за дачу заведомо ложного заключения;

6) вопросы, поставленные перед экспертом;

7) объекты исследований и материалы, представленные для производства судебной экспертизы;

8) данные о лицах, присутствовавших при производстве судебной экспертизы;

9) содержание и результаты исследований с указанием примененных методик;

10) выводы по поставленным перед экспертом вопросам и их обоснование.

2. Если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, но по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении.

3. Материалы, иллюстрирующие заключение эксперта (фотографии, схемы, графики и т.п.), прилагаются к заключению и являются его составной частью.

1. Заключение эксперта — это представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу, или сторонами (ч. 1 ст. 80 УПК). Об отличии заключения эксперта от заключения специалиста см. комм. к ст. 80.

Комм. статья устанавливает требования к форме и содержанию заключения эксперта.

Вместо заключения по результатам экспертизы может быть составлено письменное сообщение о невозможности дать заключение (п. 6 ч. 1 ст. 198, ст. 206) (об этом см. комм. к ч. 3, 5 ст. 199).

2. Требования п. 1—8 ч. 1 комм. статьи излагаются во вводной части заключения эксперта (об их содержании см. комм. к ст. 195).

О присутствии участников процесса при производстве экспертизы см. комм. к ч. 4 ст. 195, 197, 198.

3. Требование п. 9 ч. 1 ст. 204 относится к исследовательской части заключения (о методах исследования см. п. 9 комм. к ст. 199*)*.

Исследовательская часть заключения должна быть подробно изложена ясным для неспециалистов языком.

4. Резолютивная часть экспертного заключения — это его выводы (п. 10 ч. 1 ст. 204). В ней оцениваются результаты исследования, даются обоснованные ответы на поставленные вопросы. Резолютивная часть является логическим продолжением исследовательской и не может ей противоречить.

5. В резолютивной части эксперт вправе выйти за пределы поставленных вопросов, если он установил иные существенные для дела обстоятельства (п. 4 ч. 3 ст. 57, ч. 2 ст. 204).

6. Материалы, иллюстрирующие заключение эксперта или комиссии экспертов, прилагаются к заключению и служат его составной частью. К таким материалам приравниваются полученные экспертом экспериментальные образцы (ч. 4 ст. 202 УПК).

В государственном судебно-экспертном учреждении остаются на хранении документы, фиксирующие ход, условия и результаты исследований.

7. Заключение эксперта должно быть подписано им (каждым экспертом комиссии). Подписи экспертов удостоверяются печатью экспертного учреждения. Если экспертиза проводилась вне экспертного учреждения, то подпись эксперта удостоверяется лицом, назначившим экспертизу.

8. Об особенностях оценки заключения эксперта см. комм. к ст. 80.

СТАТЬЯ 205
ДОПРОС ЭКСПЕРТА

1. Следователь вправе по собственной инициативе либо по ходатайству лиц, указанных в части первой статьи 206 настоящего Кодекса, допросить эксперта для разъяснения данного им заключения. Допрос эксперта до представления им заключения не допускается.

2. Эксперт не может быть допрошен по поводу сведений, ставших ему известными в связи с производством судебной экспертизы, если они не относятся к предмету данной судебной экспертизы.

3. Протокол допроса эксперта составляется в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса.

1. Допрос эксперта производится по правилам допроса свидетеля (о них см. комм. к ст. 187—190).

Комм. статья необоснованно ограничивает круг лиц, могущих заявить ходатайство о допросе эксперта только подозреваемым, обвиняемым и его защитником (ч. 1

ст. 206 УПК). Такое ходатайство могут завить все, кто вправе знакомиться с заключением эксперта (см. комм. к ст. 206, 119).

2. Особенности допроса эксперта связаны со специальным предметом его показаний и целью их получения.

Показания эксперта производны от данного им заключения. Поэтому допрашивается эксперт после дачи им заключения, содержание которого является предметом показаний. Цель допроса эксперта — разъяснение или уточнение содержания данного им заключения (ч. 2 ст. 80 УПК). Согласно ч. 4 ст. 283 целью допросов экспертов может служить и преодоление противоречий между их заключениями.

Основанием для допроса эксперта является неясность или противоречивость заключения эксперта.

Допрос эксперта и его основания необходимо отличать от дополнительной экспертизы и ее оснований. В ходе допроса эксперта не допускается дополнение им своего заключения. Его показания не могут быть основаны на новых исследованиях (об этом см. комм. к ст. 80).

3. Эксперт не может быть допрошен по поводу получения им от лица, в отношении которого он проводил судебную экспертизу, сведений, не относящихся к предмету данной судебной экспертизы. О понятии «предмет экспертизы» см. комм. к ст. 195).

4. Протокол допроса составляется в соответствии с требованиями ст. 190 УПК. Бланк протокола предусмотрен приложением 126 к ст. 476 УПК.

СТАТЬЯ 206
ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЭКСПЕРТА

1. Заключение эксперта или его сообщение о невозможности дать заключение, а также протокол допроса эксперта предъявляются следователем подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, которым разъясняется при этом право ходатайствовать о назначении дополнительной либо повторной судебной экспертизы.

2. Если судебная экспертиза производилась по ходатайству потерпевшего либо в отношении потерпевшего и (или) свидетеля, то им также предъявляется заключение эксперта.

1. Ознакомление сторон с заключением эксперта (сообщением о невозможности дать заключение) и протоколом его допроса является заключительным этапом производства экспертизы и обеспечивает равноправие сторон (ст. 15 УПК).

2. Ознакомление с результатами экспертизы — официальная процессуальная процедура, осуществляемая органом, ведущим дело. Эксперт не вправе сам сообщать кому-либо о результатах судебной экспертизы, за исключением органа или лица, ее назначивших (п. 1, 3 ч. 4 ст. 57 УПК; ст. 16 ФЗ от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»).

3. Перечень лиц, которые имеют право на ознакомление с результатами экспертизы, подлежит расширительному толкованию. К этим лицам дополнительно относятся:

а) каждый подозреваемый и обвиняемый по данному делу и их защитники. Ознакомление с заключением и протоколом допроса должно состояться даже тогда, когда экспертиза проведена до появления в деле подозреваемого и обвиняемого;

б) представители потерпевшего и свидетеля в случаях, указанных в ч. 2 комм. статьи;

в) потерпевший как сторона процесса имеет право на ознакомление *со всеми* экспертными заключениями независимо от того, был он сам объектом исследования или нет[1];

г) гражданский ответчик и его представители, если экспертиза была назначена по их ходатайству;

д) эксперт, производящий повторную экспертизу.

Заключение эксперта и протокол допроса эксперта не предъявляются лицу, чье психическое состояние делает это невозможным.

4. Комм. статья не устанавливает точного времени предъявления для ознакомления заключения эксперта (сообщения о невозможности дать заключение) и протокола допроса эксперта. Это должно быть произведено как можно быстрее, но, во всяком случае, до окончания предварительного расследования и предъявления всех материалов дела для ознакомления. Представляется, что права обвиняемого (подозреваемого) как стороны в процессе не могут быть ограничены оставлением ее в неведении о результатах экспертизы продолжительное время по усмотрению следователя.

Протокол допроса дополнительно не предъявляется тем лицам, которые участвовали в этом допросе.

Указанные в ч. 1 комм. статьи документы должны быть предъявлены для ознакомления даже тогда, когда они получены еще до появления в деле сторон.

5. Стороны после ознакомления вправе получить копию заключения эксперта за свой счет (п. 13 ч. 4 ст. 47, п. 7 ч. 1 ст. 53, п. 9 ч. 2 ст. 54 УПК).

6. При ознакомлении с результатами экспертизы сторонам разъясняется право ходатайствовать о назначении дополнительной или повторной экспертизе (см. комм. к ст. 207) а также о производстве допроса эксперта (ст. 205). Им также должны быть разъяснены и другие права (ст. 198), в частности право заявить отвод эксперту, руководителю экспертного учреждения. Основания для такого отвода могут быть установлены уже после получения заключения эксперта. Например, при назначении экспертизы в экспертном учреждении в постановлении не указывается конкретный эксперт, поэтому его данные сторонам становятся известны лишь из заключения.

Ходатайства рассматриваются по правилам ст. 159 УПК.

7. О предъявлении заключения эксперта, сообщении о невозможности дать заключение, протокола допроса эксперта составляется протокол по правилам ст. 166, 167 УПК (приложение 125 к ст. 476).

СТАТЬЯ 207
ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ И ПОВТОРНАЯ СУДЕБНЫЕ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. При недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела может быть назначена дополнительная судебная экспертиза, производство которой поручается тому же или другому эксперту.

2. В случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же

[1] См. Определение КС РФ от 04.11.2004 г. № 430-О по жалобе Старовойтовой О.В.

вопросам может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается другому эксперту.

3. Дополнительная и повторная судебные экспертизы назначаются и производятся в соответствии со статьями 195—205 настоящего Кодекса.

1. Дополнительная экспертиза выделяется по степени значимости для установления фактов и противостоит основной экспертизе. При этом основная — первичная экспертиза не ставится под сомнение, просто появляется необходимость ответов на новые вопросы (дополнения заключения эксперта).

Дополнительную экспертизу необходимо отличать от новой экспертизы, исследующей новые объекты. Дополнительная всегда связана с предыдущей (основной).

2. Основанием для назначения дополнительной экспертизы является:

1) недостаточная полнота основного заключения эксперта (когда он не ответил на все заданные вопросы или ответил лишь частично);

2) необходимость ответов на новые вопросы. Эксперту не были заданы все вопросы или после проведения первичной экспертизы возникли новые.

Новые вопросы могут быть связаны с появлением уточняющих и дополнительных данных (объектов исследований), могущих повлиять или изменить выводы эксперта. Например, установлена иная скорость транспортного средства, имеющая значение исходных данных для автотехнической экспертизы. Или получены новые пули и гильзы, предположительно отстрелянные из исследованного ранее оружия.

Недостаточная ясность первичного заключения эксперта может служить основанием для назначения дополнительной экспертизы только при необходимости проведения исследований, т.е. при условии, что неясность неустранима путем разъясняющих и уточняющих показаний эксперта (см. комм. к ст. 205).

3. Поскольку первичная — основная экспертиза не ставится под сомнение, производство дополнительной экспертизы целесообразно поручать тому же самому эксперту (комиссии экспертов).

4. Повторная экспертиза производится вместо вызывающей сомнение первоначальной экспертизы по тем же вопросам и с теми же объектами.

5. Основанием для назначения повторной экспертизы являются:

1) возникновение сомнений в обоснованности заключения эксперта (его выводы при проверке и оценке признаны недостоверными. См. комм. к ст. 87—88);

2) наличие внутренних противоречий в выводах эксперта. Например, противоположные выводы сделаны в описательной и резолютивной частях заключения;

3) признание заключения эксперта недопустимым в силу нарушений процессуального закона при назначении и производстве экспертизы. Например, эксперт подлежал отводу, применены опасные для здоровья методы исследования, объекты исследования получены с нарушением процессуального закона.

6. В связи с тем, что первоначальная экспертиза поставлена под сомнение, повторная экспертиза всегда поручается другому эксперту (комиссии экспертов).

При назначении повторной экспертизы могут быть заданы и новые вопросы.

7. Материалы основной и первоначальной экспертиз являются одними из объектов дополнительной и повторной экспертиз, поэтому прилагаются к постановлениям об их назначении.

Бланк постановления о назначении дополнительной и повторной экспертиз предусмотрен приложением 120 к ст. 476 УПК.

О порядке назначения и производства экспертизы см. комм. к ст. 195—204.

Заключения дополнительной и повторной экспертиз проверяются и оцениваются на общих основаниях (ст. 17, 87—88 УПК).

ГЛАВА 28. ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ И ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

СТАТЬЯ 208 ОСНОВАНИЯ, ПОРЯДОК И СРОКИ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. Предварительное следствие приостанавливается при наличии одного из следующих оснований:

1) лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено;

2) подозреваемый или обвиняемый скрылся от следствия либо место его нахождения не установлено по иным причинам;

3) место нахождения подозреваемого или обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует;

4) временное тяжелое заболевание подозреваемого или обвиняемого, удостоверенное медицинским заключением, препятствует его участию в следственных и иных процессуальных действиях.

2. О приостановлении предварительного следствия следователь выносит постановление, копию которого направляет прокурору.

3. Если по уголовному делу привлечено два или более обвиняемых, а основания для приостановления относятся не ко всем обвиняемым, то следователь вправе выделить в отдельное производство и приостановить уголовное дело в отношении отдельных обвиняемых.

4. По основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 части первой настоящей статьи, предварительное следствие приостанавливается лишь по истечении его срока. По основаниям, предусмотренным пунктами 3 и 4 части первой настоящей статьи, предварительное следствие может быть приостановлено и до окончания его срока.

5. До приостановления предварительного следствия следователь выполняет все следственные действия, производство которых возможно в отсутствие подозреваемого или обвиняемого, и принимает меры по его розыску либо установлению лица, совершившего преступление.

1. Приостановление предварительного расследования — это, во-первых, временный перерыв в производстве принудительных процессуальных действий, вызванный, как правило, невозможностью участия в них обвиняемого (подозреваемого). Во-вторых, это принятие мер по устранению возникших препятствий для движения дела.

Приостановление производства по делу возможно и в судебном производстве (ст. 238 УПК).

Значение данного института состоит в том, что у органа предварительного расследования высвобождается время для активной работы по другим уголовным делам, в производстве по которым не возникло препятствий. По делу, приостановленному

расследованием, не производятся следственные действия, не применяются меры процессуального принуждения, останавливается течение сроков расследования (ч. 3 ст. 162 УПК). С другой стороны, приостановление расследования — это лишь временный перерыв в его производстве; оно возобновляется, как только основания для приостановления отпадают. Приостановление дела не означает, что по нему прекращена процессуальная деятельность. Она продолжается, но в особых формах (о них см. комм. к ст. 209).

2. Основания для приостановления дела — это доказанность предусмотренных законом обстоятельств, которые препятствуют дальнейшему производству по делу (ч. 1 ст. 208). Как правило, эти обстоятельства выражены в невозможности участия обвиняемого (подозреваемого) в процессуальных действиях.

3. Часть 1 комм. статьи устанавливает четыре основания для приостановления дела.

1) Неустановленность лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, как основание для приостановления дела означает, что по делу не собрано доказательств виновности какого-либо конкретного лица в совершении преступления. Может оказаться так, что предполагаемый преступник останется неизвестным органам уголовного преследования, и тогда в уголовном деле так и не появляется фигура подозреваемого или обвиняемого. Однако на практике нередко возникает другая ситуация, когда предполагаемого преступника задерживают или возбуждают в отношении него уголовное дело (тем самым он становится подозреваемым — ст. 46), затем привлекают в качестве обвиняемого, но окончательно доказать его вину так и не удается. На основе правила толкования сомнений в пользу обвиняемого его уголовное преследование прекращается в связи с непричастностью к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27). В результате предварительное расследование также может быть приостановлено по вышеуказанному основанию.

Важно отметить, что пока гражданин находится в положении подозреваемого, не допускается приостановление предварительного расследования в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого. Подозрение должно быть либо снято прекращением уголовного преследования, либо подтверждено выдвижением обвинения.

С этим правилом связана, в частности, и невозможность приостановления дознания по данному основанию, которое всегда производится в отношении конкретных подозреваемых (ст. 223). Неустановление предполагаемого преступника порождает обязанность дознавателя передать дело для производства предварительного следствия, а не приостановить производство.

Приостановление дела по данному основанию допускается при отсутствии оснований для прекращения дела[1], выполнении всех возможных следственных действий без участия обвиняемого, истечении срока расследования, принятии всех мер к установлению преступника (см. комм. к ч. 4—5 ст. 208).

Приостановление дела в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, свидетельствует, что преступление остается нераскрытым.

[1] См. приказ Генпрокуратуры РФ от 05.05.2004 г. № 12 «О порядке прекращения по истечении сроков давности уголовных дел, приостановленных за неустановлением лиц, совершивших преступления».

2) Подозреваемый или обвиняемый скрылся от следствия либо место его нахождения не установлено по иным причинам. Это означает, что в деле отсутствуют доказательства о том, где находится подозреваемый или обвиняемый. В то же время данное основание может применяться в двух различных ситуациях, каждая из которых имеет разное юридическое значение.

Первая ситуация связана с тем, что подозреваемый или обвиняемый скрылся. Для этого необходимо доказать, что он совершил умышленные действия по уклонению от органов расследования с целью избежать уголовного преследования. Приостановление дела по такому основанию влечет материально-правовое последствие — приостановление срока давности привлечения к уголовной ответственности (ч. 3 ст. 78 *УК*) и может повлечь за собой процессуальное последствие в виде избрания лицу более строгой меры пресечения (ст. 97, 110 УПК).

Вторая ситуация может сложиться, когда местонахождение подозреваемого или обвиняемого не установлено по иным причинам, т.е. не в результате его умышленного уклонения (например, в случае его безвестного исчезновения при угрожающих жизни обстоятельствах — при стихийных бедствиях и т.п.). В данном случае течение срока давности может привести к прекращению дела (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК).

Приостановление дела в связи неизвестностью местонахождения подозреваемого или обвиняемого допускается при выполнении всех возможных следственных действий без их участия, отсутствии оснований для прекращения дела, истечении срока расследования, принятии всех мер к установлению местонахождения указанных лиц (см. комм. к ч. 4—5 ст. 208).

3) Место нахождения подозреваемого или обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует. Данное основание означает доказанность такого местонахождения подозреваемого или обвиняемого, откуда он не может прибыть по вызову или быть доставлен в срок, сопоставимый с общим сроком предварительного следствия (2 месяца). Например, он находится в другом государстве и уклоняется от явки (до решения вопроса о выдаче — экстрадиции лица (см. гл. 54 УПК) дело может быть приостановлено); в дальнем плавании или дальней экспедиции.

Приостановление дела по данному основанию допускается при отсутствии оснований для прекращения дела, выполнении всех возможных следственных действий без участия подозреваемого или обвиняемого (см. комм. к ч. 4—5 ст. 208).

4) Временное тяжелое заболевание подозреваемого или обвиняемого является основанием для приостановления дела при одновременной доказанности следующих обстоятельств:

а) тяжесть болезни такова, что препятствует участию подозреваемого или обвиняемого в процессуальных действиях;

б) выздоровление или улучшение состояния подозреваемого или обвиняемого может наступить лишь после истечения установленного срока предварительного расследования. Тяжкая и постоянная болезнь, исключающая возможность назначения лицу наказания, может повлечь за собой прекращение дела ввиду отсутствия общественной опасности этого лица (п. 1 ч. 1 ст. 439 УПК). Слишком малая продолжительность болезни по сравнению со сроком расследования не является основанием для приостановления расследования, но может вести к продлению его срока (например, когда в результате простуды обвиняемый в течение одной недели не может участвовать в процессуальных действиях).

Если болезнь является психической, то она не должна а) исключать вменяемости лица на момент совершения преступления и б) делать лицо опасным для общества. В первом случае уголовное дело может быть прекращено в связи с отсутствием состава преступления (при неопасности лица), во втором — направляется в суд для применения принудительных мер медицинского характера (ст. 433).

Наличие и характер болезни удостоверяются медицинским заключением, которое имеет значение иного документа (ст. 84 УПК) или заключения специалиста (ч. 3 ст. 80 УПК). Однако следователь вправе не ограничиваться одним медицинским заключением, а использовать все средства доказывания, в т.ч. экспертизу.

Для установления психического заболевания подозреваемого или обвиняемого как основания для приостановления дела всегда необходимо проведение экспертизы. Это правило вытекает из сопоставления содержания п. 3 ст. 196 УПК (обязательность назначения для этого экспертизы) и ч. 5 комм. статьи (до приостановления дела должны быть выполнены все возможные следственные действия, одним из которых является экспертиза).

Приостановление дела в связи с болезнью допускается при отсутствии оснований для прекращения дела, выполнении всех возможных следственных действий без участия подозреваемого или обвиняемого (см. комм. к ч. 4—5 ст. 208).

5) Пятое основание для приостановления дела содержится в ФКЗ от 21.07.94 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации». Орган расследования *вправе* (но не обязан) приостановить уголовное дело, если получено уведомление КС РФ о том, что он принял к своему рассмотрению жалобу гражданина на нарушение его конституционных прав законом, который применен или подлежит применению в данном деле (ст. 98 УПК). В отличие от этого ст. 103 ФКЗ о КС РФ предусмотрено *обязательное* приостановление дела, когда суд общей юрисдикции обращается с запросом в КС РФ о проверке конституционности применяемого или подлежащего применению в данном уголовном деле закона (об этом см. комм. к п. 3 ч. 1 ст. 238).

4. Кроме оснований для приостановления, необходимо соблюдение условий, предусмотренных ч. 4—5 ст. 208 (таких обстоятельств, которые сами по себе не влекут приостановление дела, но без наличия которых принять данное решение нельзя).

Общими условиями для всех оснований являются:

1) отсутствие обстоятельств, влекущих прекращение дела. Отсутствие события, состава преступления, истечение сроков давности, смерть подозреваемого или обвиняемого исключают возможность приостановления дела (об основаниях для прекращения дела см. комм. к ст. 24);

2) выполнение всех следственных действий, производство которых возможно в отсутствие обвиняемого. Это условие вытекает из обязанности осуществления уголовного преследования (принятия всех мер по установлению события преступления и изобличению лиц, его совершивших, — ч. 2 ст. 21 УПК). О понятии «следственные действия» см. комм. к ст. 164.

Специальными условиями для отдельных оснований являются:

а) наличие в деле подозрения или обвинения (для п. 2—4 ч. 1 ст. 208). Наличие обвинения подтверждается постановлением о привлечении в качестве обвиняемого (о проблеме приостановления дела в отношении подозреваемого см. ниже);

б) истечение срока предварительного расследования (для п. 1—2 ч. 1 ст. 208). О сроках расследования см. комм. к ст. 162 и 223. При этом дознание не может быть приостановлено по п. 1 ч. 1 ст. 208 (см. комм. к ст. 223);

в) принятие всех мер по установлению местонахождения обвиняемого или подозреваемого (для п. 2 ч. 1 ст. 208) (о содержании данного условия см. комм. к ст. 210);

г) принятие всех мер по установлению лица, совершившего преступление (для п. 1 ч. 1 ст. 208) (о содержании данного условия см. комм. к п. 1 ч. 2 ст. 209).

Отсутствие необходимых условий может повлечь принятие иных решений: прекращение дела (ст. 24 УПК) или продолжение расследования, в т.ч. с продлением сроков следствия и дознания (ст. 162, 223 УПК).

5. В комм. статье в ред. ФЗ от 29.05.2002 г. № 58-ФЗ впервые предусмотрена возможность приостановления расследования в отношении подозреваемых. Это объясняется распространением института приостановления производства на дознание, в котором обвиняемый появляется лишь на этапе его окончания (см. ч. 1 ст. 47, ст. 223, 225).

Однако возможность приостановления дела в отношении подозреваемого порождает ряд серьезных проблем в правоприменении:

1) снижается стандарт доказанности участия лица в совершении преступления. Обвиняемый появляется в деле тогда, когда его участие в совершении преступления установлено (см. комм. к ч. 1 ст. 171). Напротив, подозреваемый — вероятный участник совершения преступления. Подозреваемых может быть несколько даже в том преступлении, которое заведомо могло быть совершено одним лицом. Например, явные следы преступления обнаружены у двух лиц (кровь потерпевшего), однако по обстоятельствам дела (уверенному заявлению самого потерпевшего) телесные повреждения были причинены только одним из них. В таких случаях приостановление дела в отношении одного подозреваемого исключает проверку версий о причастности к совершению преступления других подозреваемых. В целом приостановление дела в отношении лица, чья виновность для органа расследования еще не доказана, ведет к отступлению от обязанности принять все возможные меры по изобличению виновных (ч. 2 ст. 21 УПК);

2) наличие подозрения как условие для приостановления дела не поддается действенному контролю. Момент появления в деле подозреваемого (в отличие от появления обвиняемого) «размыт». Например, следователь установил причастность определенного лица к совершению преступления, а это лицо скрылось, не имея еще формального статуса подозреваемого (уголовное дело не возбуждалось в отношении гражданина, он не задерживался в качестве подозреваемого, и к нему ранее не применялась мера пресечения — ст. 46 УПК). В результате следователь выносит постановление об избрании меры пресечения, которое служит документом, подтверждающим наличие подозрения. Однако мера пресечения избрана, но еще не применена — не приведена в исполнение, поэтому согласно буквальному толкованию п. 3 ч. 1 ст. 46 УПК данное лицо еще не имеет прав подозреваемого.

В то же время возможна и обратная ситуация. Если права гражданина ограничены уголовным преследованием (в отношении него проведен обыск, опознание, ему разъяснили содержание ст. 51 Конституции РФ), то данный гражданин становится фактически подозреваемым и приобретает соответствующие процессуальные права[1]. В результате наличие подозрения смутно отражено в отдельных документах (например, протоколе обыска), которые не позволяют контролировать обоснованность приостановления дела;

---

[1] См. Постановление КС РФ от 27.06.2000 г. № 11-П по делу Маслова.

3) приостановление дела в отношении подозреваемого способно привести к незаконному по сути, но формально не запрещенному «заочному аресту». Об этом см. комм. к ч. 4 ст. 108.

С учетом вышеуказанных проблем на базе систематического толкования процессуальных норм можно предложить следующие рекомендации.

Приостановление дела в отношении подозреваемого допускается при производстве дознания (за исключением неустановления лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, — п. 1 ч. 1 ст. 208). Исключительность приостановления предварительного следствия в отношении подозреваемого объясняется тем, что следователь за двухмесячный срок вполне может определиться со статусом подследственного: либо привлечь его в качестве обвиняемого, либо прекратить его преследование.

6. При наличии соответствующих оснований и условий следователь (дознаватель) выносит мотивированное постановление о приостановлении предварительного следствия (дознания). Бланки таких постановлений предусмотрены приложениями 128 и 129 к ст. 476 УПК.

Копия постановления направляется прокурору и потерпевшему по его ходатайству (п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК).

Начальник следственного отдела вправе отменять необоснованные постановления следователя о приостановлении дела (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК).

7. Часть 3 комм. статьи предусматривает возможность выделения дела в отношении отдельных обвиняемых (к которым относятся основания для приостановления дела), и как представляется — подозреваемых. Такое выделение допускается даже в ущерб полноте расследования, чтобы «доступные» обвиняемые (оставшиеся соучастники скрывшегося или заболевшего товарища) не находились бы в неопределенном состоянии длительное время.

О выделении уголовного дела см. комм. к ст. 154.

СТАТЬЯ 209
ДЕЙСТВИЯ СЛЕДОВАТЕЛЯ ПОСЛЕ ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. Приостановив предварительное следствие, следователь уведомляет об этом потерпевшего, его представителя, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей и одновременно разъясняет им порядок обжалования данного решения. В случае приостановления предварительного следствия по основаниям, предусмотренным пунктами 3 и 4 части первой статьи 208 настоящего Кодекса, об этом уведомляются также подозреваемый, обвиняемый и его защитник.

2. После приостановления предварительного следствия следователь:

1) в случае, предусмотренном пунктом 1 части первой статьи 208 настоящего Кодекса, принимает меры по установлению лица, подлежащего привлечению в качестве подозреваемого или обвиняемого;

2) в случае, предусмотренном пунктом 2 части первой статьи 208 настоящего Кодекса, устанавливает место нахождения подозреваемого или обвиняемого, а если он скрылся, принимает меры по его розыску.

3. После приостановления предварительного следствия производство следственных действий не допускается.

1. Решение о приостановлении предварительного расследования препятствует доступу заинтересованных лиц к правосудию. В результате могут быть нарушены их конституционные права. В связи с этим после вынесения постановления о приостановлении дела следователь должен уведомить об этом заинтересованных лиц и разъяснить порядок обжалования данного решения.

Уведомление должно быть письменным. Оно может быть сделано путем направления заинтересованным лицам копии постановления о приостановлении дела, как это предусмотрено для потерпевшего (п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК). В резолютивной части постановления целесообразно указать порядок его обжалования.

2. Уведомлять защитника следует также при приостановлении дела по п. 2 ч. 1 ст. 208 УПК (в связи с неизвестностью места нахождения обвиняемого или подозреваемого). Это вытекает из официального толкования Конституции РФ, данного в Постановлении от 03.05.95 г. № 4-П по делу Аветяна. Даже когда обвиняемый или подозреваемый скрылся, а в уголовном деле участвует его защитник, последний имеет право на обжалование решения о приостановлении дела, следовательно — и право на уведомление о нем.

3. Обжалование решения о приостановлении предварительного следствия возможно по выбору заинтересованных лиц:

а) начальнику следственного отдела, который вправе отменить указанное постановление (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК);

б) прокурору в порядке ст. 123—124;

в) в районный суд по месту производства предварительного следствия в порядке ст. 125.

Право на обжалование данного решения прямо подтверждено Постановлением КС РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

4. Приостановление дела — это не только перерыв в процессуальной деятельности, но и принятие мер по устранению препятствий для движения дела. По приостановленному делу ведется производство. В основном оно состоит в принятии мер к установлению лица, совершившего преступление, или места пребывания обвиняемого (подозреваемого).

Указанные меры принимаются не только после приостановления дела (как написано в названии статьи). Они принимаются и до приостановления (ч. 5 ст. 208 УПК). Однако до приостановления дела эти меры связаны с процессуальным принуждением, производством следственных действий, а после приостановления дела принимаются только те меры, которые не относятся к принудительным.

Содержание производства по приостановленному делу составляет собирание доказательств о месте нахождения обвиняемого (подозреваемого) или лице, совершившем преступление. Однако производство следственных действий недопустимо (ч. 3 ст. 209). По этой причине собирание доказательств производится двумя другими способами: путем истребования и принятия представленных предметов и документов (ст. 86). Это может быть получение объяснений, направление запросов, получение справок специалиста, дача поручений органу дознания. Кроме того, следователь вправе получать и принимать к сведению непроцессуальную информацию, которая

может явиться основанием для дополнительных следственных действий, и, следовательно, для возобновления дела.

Меры по установлению лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, следователь принимает как непосредственно, так и через органы дознания. Раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, являются задачами ОРД (ст. 2 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»). Поэтому на практике следователь, как правило, дает соответствующее поручение органам дознания (о поручении см. комм. к ст. 38, 152).

О мерах по розыску обвиняемого см. комм. к ст. 210.

5. Комм. статья (ч. 3) запрещает производство следственных действий после приостановления дела. Это объясняется тем, что следственные действия, как правило, сопровождаются возможностью применения процессуального принуждения, которое в целях обеспечения прав граждан должно иметь срочный характер, т.е. осуществляться лишь в течение установленных сроков расследования. По смыслу закона запрет следственных действий означает и запрет исполнения мер процессуального принуждения в целом (за исключением фактического задержания).

По делу, приостановленному расследованием, без его возобновления не могут исполняться: составление протокола задержания лица и его допрос в порядке ст. 92 УПК (но может иметь место, например, фактическое задержание скрывшегося лица на основании ч. 2 ст. 91, после которого производство расследования должно быть возобновлено как можно быстрее — см. комм. к ст. 91—92); меры пресечения; привод; временное отстранение от должности; денежное взыскание; помещение в медицинский стационар; эксгумация; принудительное получение образцов для сравнительного исследования и др. Решение о применении ранее избранной меры пресечения в отношении скрывшегося обвиняемого или подозреваемого также не может быть приведено в исполнение без возобновления расследования.

В то же время из запрета применения мер принуждения по делу, приостановленному расследованием, по нашему мнению, могут быть некоторые исключения. Это относится к обязательству о явке — разъяснению обязанности явиться по вызову (см. ст. 102 и комм. к ней). Принудительное ее исполнение (санкция в виде привода, денежного взыскания по приостановленному делу не допускается).

Представляется возможным сохранение на некоторое время ареста имущества (ст. 115 УПК) для подачи соответствующего заявления в порядке гражданского судопроизводства и замены уголовно-процессуального ареста имущества аналогичной мерой гражданского процессуального судопроизводства. Бесконечное продолжение уголовно-процессуального ареста имущества будет нарушать конституционное право собственности (уголовное дело может быть приостановлено на 15 лет по особо тяжкому преступлению). *О наложении ареста на имущество см. комм. к ст. 115—116*.

6. Приостановленное уголовное дело прекращается в связи с истечением сроков давности[1] (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК) или возобновляется (ст. 211).

---

[1] См. приказ Генпрокуратуры РФ от 05.05.2004 г. № 12 «О порядке прекращения по истечении сроков давности уголовных дел, приостановленных за неустановлением лиц, совершивших преступления».

СТАТЬЯ 210
РОЗЫСК ПОДОЗРЕВАЕМОГО, ОБВИНЯЕМОГО

1. Если место нахождения подозреваемого, обвиняемого неизвестно, то следователь поручает его розыск органам дознания, о чем указывает в постановлении о приостановлении предварительного следствия или выносит отдельное постановление.

2. Розыск подозреваемого, обвиняемого может быть объявлен как во время производства предварительного следствия, так и одновременно с его приостановлением.

3. В случае обнаружения обвиняемого он может быть задержан в порядке, установленном главой 12 настоящего Кодекса.

4. При наличии оснований, предусмотренных статьей 97 настоящего Кодекса, в отношении разыскиваемого обвиняемого может быть избрана мера пресечения. В случаях, предусмотренных статьей 108 настоящего Кодекса, в качестве меры пресечения может быть избрано заключение под стражу.

1. Розыск состоит в собирании информации о месте нахождения обвиняемого (подозреваемого).

2. Следователь (дознаватель) обязан лично осуществлять гласные розыскные меры (называемые первоначальными розыскными мероприятиями). До приостановления дела следователь производит розыскные следственные действия (обыск для установления скрывающихся лиц; наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, адресованные связям обвиняемого; контроль и запись переговоров; допрос соседей, сослуживцев обвиняемого) или иные мероприятия, например направляет запросы в различные учреждения. После приостановления дела следователь вправе лишь истребовать и принимать представленные предметы и документы. См. комм. к ст. 209.

Если, несмотря на принятые следователем (дознавателем) меры, местонахождение обвиняемого (подозреваемого) не удалось установить, то поручение о розыске дается органам дознания. Поручение о розыске указывается либо в постановлении о приостановлении расследования (приложение 128 к ст. 476 УПК), либо в отдельном постановлении, когда розыск объявляется еще до приостановления (приложение 93 к ст. 476).

Розыск обвиняемых является одной из задач милиции (ст. 8, 9 Закона РФ «О милиции»), для осуществления которой могут быть проведены оперативно-розыскные мероприятия. Поручение розыска розыскному подразделению органа дознания не освобождает следователя от принятия процессуальных розыскных мер.

Для эффективного розыска предварительно необходимо выявить подробные данные о личности обвиняемого. Ведомственными нормативными актами[1] предусматривается составление следователем подробной справки о личности обвиняемого (подозреваемого) с указанием фамилии, имени, отчества, даты и места рождения, описанием внешности (с приведением особых примет, с приложением фотографий, дактилоскопических карт), привычек, родственных и иных связей, профессии, последнего

[1] См. Инструкцию об организации и тактике розыскной работы органов внутренних дел. Приложение № 1 к приказу МВД России от 05.05.93 г. № 213 // Вопросы расследования преступлений. М., 1996. С. 653—654.

места работы, места жительства, места и даты сокрытия, мест возможного появления, отношения к воинской службе, судимостей, мест отбытия наказания, паспортных данных, хронических заболеваний и мест их лечения и других сведений.

Постановление об объявлении в розыск с приложением копий постановлений о возбуждении дела, о задержании, приводе, привлечении в качестве обвиняемого, избрании меры пресечения, справки о личности передается через канцелярию в розыскное подразделение органа дознания.

3. По масштабам определяют виды розыска: местный, федеральный, международный.

Ведомственными нормативными актами устанавливаются условия объявления органом дознания федерального розыска (как правило, по тяжким преступлениям, по истечении 2—6 месяцев безрезультатного местного розыска).

Объявление в международный розыск регулируется подзаконными нормативными актами[1]. Подзаконные акты могут применяться в части, не противоречащей УПК.

Согласно подзаконным актам международный розыск объявляется в случаях наличия достоверных данных о выезде в другие страны лица, уклоняющегося от уголовной ответственности и отбывания наказания. Основанием для международного розыска является запрос ОВД, направленный в Национальное центральное бюро Интерпола. Запрос должен быть мотивирован. Учет разыскиваемых лиц ведется в Главном информационном центре МВД РФ.

4. Часть 3 комм. статьи в ред. ФЗ от 04.07.2003 г. положила начало формированию нового уголовно-процессуального института — задержанию обвиняемого, которое, по смыслу закона, должно проводиться по аналогии с задержанием подозреваемого на срок до 48 часов. Однако задержание обвиняемого имеет особые основания, цели, мотивы и условия (об этом см. комм. к ст. 91). Предназначение нового института состоит в обеспечении «запрета заочного ареста» (см. комм. к ч. 4—5 ст. 108).

В случае обнаружения разыскиваемого лица оно может быть задержано, после чего незамедлительно должно быть возобновлено производство по делу.

5. Об избрании и изменении меры пресечения см. комм. к ст. 97, 110.

По смыслу закона (в ред. от 04.07.2003 г.), заключение под стражу в отношении разыскиваемого обвиняемого или подозреваемого избирается не только по основаниям, но и в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК. Это означает запрет «заочного ареста» (о нем см. комм. к ч. 4—5 ст. 108).

СТАТЬЯ 211
ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРИОСТАНОВЛЕННОГО ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. Предварительное следствие возобновляется на основании постановления следователя после того, как:

1) отпали основания его приостановления;

---

[1] См. постановление Правительства РФ от 14.10.96 г. № 1190 «Об утверждении Положения о Национальном центральном бюро Интерпола»; Типовое положение о территориальном подразделении (филиале) Национального центрального бюро Интерпола, утв. приказом МВД РФ от 03.06.97 г. № 333.

2) возникла необходимость производства следственных действий, которые могут быть осуществлены без участия подозреваемого, обвиняемого.

2. Приостановленное предварительное следствие может быть возобновлено также на основании постановления прокурора либо начальника следственного отдела в связи с отменой соответствующего постановления следователя.

3. О возобновлении предварительного следствия сообщается подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, потерпевшему, его представителю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям, а также прокурору.

1. Приостановленное уголовное дело возобновляется мотивированным постановлением следователя в двух случаях: во-первых, когда отпали основания, вызвавшие приостановление дела (фактическое задержание, явка с повинной обвиняемого, улучшение его состояния здоровья и т.д.); во-вторых, когда возникла необходимость для производства дополнительных следственных действий. Например, установлен еще не допрошенный очевидец преступления.

Бланк постановления о возобновлении предварительного следствия установлен приложением 132 к ст. 476 УПК.

В качестве условия для возобновления дела выступает неистечение срока давности.

2. Решение о возобновлении предварительного следствия или дознания может быть принято на основании решения суда (по результатам рассмотрения жалобы заинтересованного лица — ст. 125 УПК). Суд вправе признать решение о приостановлении дела незаконным или необоснованным и обязать прокурора (начальника следственного отдела) устранить допущенное нарушение.

Прокурор и начальник следственного отдела отменяют решение следователя мотивированными постановлениями (приложения 130 и 131 к ст. 476 УПК).

3. Часть 6 ст. 162 УПК устанавливает правило о том, что при возобновлении приостановленного дела прокурор устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца со дня поступления дела к следователю. Представляется, что прокурор по аналогии с данной нормой должен устанавливать срок следствия и при возобновлении дела начальником следственного отдела.

Дальнейшее продление срока следствия осуществляется на общих основаниях (ст. 162).

Срок дополнительного следствия может и не понадобиться, если не истек срок общего следствия (при приостановлении дела по п. 3 и 4 ч. 1 ст. 208).

Если максимальный срок дознания истек (30 дней), то при возобновлении дела оно должно быть передано прокурором для производства предварительного следствия.

4. УПК не устанавливает формы и сроков уведомления заинтересованных лиц о возобновлении дела. Об этом должна быть сделана отметка на постановлении. Такое уведомление может быть сделано лично (при производстве следственных действий с участием этих лиц в ближайшее время после возобновления дела). В остальных случаях целесообразна письменная форма уведомления.

ГЛАВА 29. ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

СТАТЬЯ 212 ОСНОВАНИЯ ПРЕКРАЩЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Уголовное дело и уголовное преследование прекращаются при наличии оснований, предусмотренных статьями 24—28 настоящего Кодекса.

2. В случаях прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 части первой статьи 24 и пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, следователь или прокурор принимает предусмотренные главой 18 настоящего Кодекса меры по реабилитации лица.

1. В комм. главе прекращение уголовного дела рассматривается как итоговое решение стадии предварительного расследования, которым уголовное дело разрешается по существу.

Прекращение уголовного дела защищает личность от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, что соответствует одной из основных целей уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК). Следует иметь в виду, что факт прекращения дела сам по себе еще не свидетельствует, что оно было возбуждено незаконно, т.к. возбуждение уголовного дела может иметь место и при вероятности совершения преступления, которая может в дальнейшем не подтвердиться.

Прекращение уголовного преследования — это отказ стороны обвинения в продолжении процессуальной деятельности по изобличению подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления (п. 55 ст. 5 УПК). Уголовное преследование, как правило, прекращается в отношении конкретных лиц, в то время как уголовное дело прекращается в целом (по факту). Прекращение уголовного дела всегда означает и прекращение уголовного преследования в отношении всех подследственных, а прекращение уголовного преследования возможно в определенной части (об этом см. комм. к ст. 24; ч. 1 ст. 27; ч. 2 ст. 175).

2. Об основаниях для прекращения уголовного дела см. комм. к ст. 24, 25, 28; об основаниях для прекращения уголовного преследования см. комм. к ст. 27.

3. Перечень указанных в комм. статье общих оснований дополняется специальными: прекращение преследования несовершеннолетнего в связи с применением принудительной меры воспитательного воздействия (ст. 427 УПК, для судебного производства — ст. 431); прекращение уголовного дела в отношении лица, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение и исполнение наказания, и болезнь не связана с опасностью лица (п. 1 ч. 1 ст. 439, а для судебных стадий — ч. 2 ст. 443); прекращение уголовного преследования в отношении лиц, обладающих дипломатической неприкосновенностью (ст. 3); для судебного производства основания прекращения дела дополняются еще и отказом обвинителя от обвинения (ч. 7 ст. 246).

4. Часть 2 комм. статьи предусматривает обязанность органа расследования принять меры по реабилитации лица при прекращении дела. Основания для реабилитации регламентированы ст. 133 УПК, поэтому перечень реабилитирующих оснований, указанных в комм. статье, является неполным.

Меры по реабилитации лица принимаются при прекращении дела или преследования по следующим основаниям:

1) отсутствие события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК);

2) отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24);

3) непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27);

4) отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению, за исключением случаев, предусмотренных ч. 4 ст. 20 УПК (п. 5 ч. 1 ст. 24, ст. 23);

5) отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448 УПК, либо отсутствие согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в п. 1 и 3—5 ч. 1 ст. 448 УПК (п. 6 ч. 1 ст. 24);

6) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению (п. 4 ч. 1 ст. 27);

7) наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела (п. 5 ч. 1 ст. 27);

8) отказ Государственной Думы в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, и (или) отказ Совета Федерации в лишении неприкосновенности данного лица (п. 6 ч. 1 ст. 27).

Кроме того, меры по реабилитации при прекращении дела принимаются в отношении тех лиц, незаконно подвергнутых мерам процессуального принуждения (см. комм. к ч. 3 ст. 133).

5. По смыслу комм. статьи остальные основания прекращения дела или преследования являются нереабилитирующими, т.к. не влекут принятие мер по реабилитации.

При наличии нескольких оснований для прекращения дела или преследования применяется самое благоприятное для подозреваемого или обвиняемого (в силу толкования неустранимых сомнений в его пользу).

6. Содержание мер по реабилитации лица при прекращении дела состоит в признании права на реабилитацию и направлении реабилитированному извещения (приложение 141 к ст. 476 УПК) с разъяснением порядка возмещения вреда (об этом см. комм. к ст. 134). При обращении реабилитированного с требованием о возмещении вреда принимаются меры, предусмотренные ст. 135—139 УПК (см. комм. к ним).

Решение о признании права на реабилитацию должно быть отражено в постановлении о прекращении дела (см. комм. к ст. 213).

СТАТЬЯ 213
ПОСТАНОВЛЕНИЕ О ПРЕКРАЩЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА И УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Уголовное дело прекращается по постановлению следователя, копия которого направляется прокурору.

2. В постановлении указываются:

1) дата и место его вынесения;

2) должность, фамилия, инициалы лица, его вынесшего;

3) обстоятельства, послужившие поводом и основанием для возбуждения уголовного дела;

4) пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающие преступление, по признакам которого было возбуждено уголовное дело;

5) результаты предварительного следствия с указанием данных о лицах, в отношении которых осуществлялось уголовное преследование;

6) применявшиеся меры пресечения;

7) пункт, часть, статья настоящего Кодекса, на основании которых прекращаются уголовное дело и (или) уголовное преследование;

8) решение об отмене меры пресечения, а также наложения ареста на имущество, корреспонденцию, временного отстранения от должности, контроля и записи переговоров;

9) решение о вещественных доказательствах;

10) порядок обжалования данного постановления.

3. В случаях, когда в соответствии с настоящим Кодексом прекращение уголовного дела допускается только при согласии обвиняемого или потерпевшего, наличие такого согласия отражается в постановлении.

4. Следователь вручает либо направляет копию постановления о прекращении уголовного дела лицу, в отношении которого прекращено уголовное преследование, потерпевшему, гражданскому истцу и гражданскому ответчику. При этом потерпевшему, гражданскому истцу разъясняется право предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства, если уголовное дело прекращается по основаниям, предусмотренным пунктами 2—6 части первой статьи 24, статьей 25 пунктами 2—6 части первой статьи 27 и статьей 28 настоящего Кодекса.

5. Если основания прекращения уголовного преследования относятся не ко всем подозреваемым или обвиняемым по уголовному делу, то следователь в соответствии со статьей 27 настоящего Кодекса выносит постановление о прекращении уголовного преследования в отношении конкретного лица. При этом производство по уголовному делу продолжается.

1. В стадии предварительного расследования правом прекращения уголовного дела и уголовного преследования наделены прокурор, следователь, дознаватель. Начальник следственного отдела такими правами обладает при принятии дела к своему производству. Орган дознания вправе прекратить уголовное дело при производстве неотложных следственных действий только по основаниям, предусмотренным п. 1, 3 и 4 ст. 24 УПК (см. комм. к ст. 157).

Прекращение уголовного дела по основаниям, освобождающим от уголовной ответственности, допускается только при согласии прокурора (ст. 25, 26, 28, 427 УПК). Прокурору направляется копия постановления о прекращении дела.

2. Постановление о прекращении уголовного дела предусмотрено приложениями 135—137, 139 к ст. 476 УПК. Оно должно быть мотивированным.

3. Указание результатов предварительного расследования в описательной части постановления включает в себя: изложение имеющих юридическое значение установленных фактов (обстоятельств); анализ собранных доказательств о них (со ссылками на листы дела, с оценкой доказательств); приведение данных о лицах, в отношении которых осуществлялось преследование; ссылку на документы, обосновывающее наличие подозрения, постановление о привлечении в качестве обвиняемого с указанием точной юридической формулировки обвинения; применявшиеся меры пресечения и иные меры процессуального принуждения; основание для прекращения дела и устанавливающие его доказательства.

Нереабилитирующие основания для прекращения уголовного дела должны быть установлены достоверно. При этом необходимо доказать участие лица в совершении преступления, которое достоверно доказано лишь на момент привлечения лица в качестве обвиняемого. Поэтому прекращение дела по нереабилитирующим основаниям целесообразно в отношении не подозреваемых, а именно обвиняемых (как это точно указано в ст. 427 УПК).

Реабилитирующие основания могут быть основаны на недоказанности виновности при исчерпании всех возможностей для собирания дополнительных доказательств (ч. 2 ст. 21 УПК). Так, непричастность лица к совершению преступления — это *неустановленная причастность* (п. 20 ст. 5 УПК).

4. В резолютивной части постановления необходимо обратить внимание на следующие моменты:

а) при отмене наложения ареста на имущество, обеспечивающего гражданский иск, гражданскому истцу необходимо дать время для предъявления иска в порядке гражданского судопроизводства, чтобы уголовно-процессуальная мера принуждения — наложение ареста на имущество — была заменена аналогичной гражданско-процессуальной (об этом см. комм. к ст. 115);

б) решение о вещественных доказательствах принимается в соответствии с ч. 3 ст. 81 УПК (см. комм. к ней);

в) порядок обжалования постановления о прекращении дела установлен ст. 123—125 УПК. Решение о прекращении дела может ущемить конституционное право на доступ к правосудию, поэтому возможность судебного обжалования данного решения особо подчеркивается КС РФ[1];

г) в резолютивной части постановления дополнительно следует отразить решение о признании права на реабилитацию при прекращении дела по реабилитирующему основанию (см. комм. к ч. 2 ст. 212); согласие заинтересованных лиц при прекращении дела по нереабилитирующим основаниям. Отсутствие сведений о разъяснении существа нереабилитирующих оснований признается основанием для отмены решения о прекращении дела[2].

5. Согласие обвиняемого (подозреваемого) на прекращение дела может выражаться в «отсутствии его возражений» (ч. 2 ст. 27 УПК), по основаниям, констатирующим наличие всех признаков преступления (п. 3 и 6 ч. 1 ст. 24; ст. 25, 26 и 28; п. 3 и 6 ч. 1 ст. 27 УПК).

---

[1] См. Постановление КС РФ от 13.11.95 г. № 13-П.

[2] БВС РФ. 2003. № 5.

Кроме того, требуется согласие законного представителя несовершеннолетнего обвиняемого при прекращении дела на основании ч. 6 ст. 427.

С учетом нереабилитирующего содержания такого основания для прекращения дела, как смерть подозреваемого или обвиняемого, целесообразно получить согласие на прекращение дела его родственников (при возражении которых производство может быть продолжено).

6. Согласие потерпевшего или его законного представителя на прекращение дела требуется при применении ст. 25 УПК (в виде их письменного заявления).

Кроме того, позицию потерпевшего целесообразно учесть при прекращении дела и по другим основаниям, т.к. его согласие на прекращение дела: а) может быть доказательственным фактом деятельного раскаяния, особенно по делам частно-публичного обвинения (ч. 3 ст. 20, ст. 23 УПК); б) подтвердит его отказ от права на участие в уголовном преследовании (ст. 22 УПК) и предотвратит жалобу на постановление о прекращении дела.

7. Часть 4 комм. статьи предусматривает вручение или направление по почте копии постановления о прекращении дела сторонам (хотя право получения копии постановления прямо констатируется только у потерпевшего — п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК). Получение копии обеспечивает право заинтересованных лиц обжаловать данное решение.

Стороны имеют право не только получить копию постановления о прекращении дела, но и ознакомиться со всеми материалами оконченного производства и сделать с него копии (кроме сведений, содержащих охраняемую ФЗ тайну). Это вытекает из норм общей части УПК (п. 12 ч. 2 ст. 42; п. 12 ч. 4 ст. 44; п. 12 ч. 4 ст. 47; п. 7 ч. 1 ст. 53; п. 9 ч. 2 ст. 54). Право на ознакомление с материалами дела должно реализоваться по аналогии со ст. 216—217 УПК.

8. При прекращении дела желательно заранее предоставить гражданскому истцу возможность предъявить иск в гражданском процессуальном порядке, чтобы арестованное по уголовному делу имущество не было отчуждено или сокрыто после отмены мер обеспечения иска (об этом см. комм. к ст. 115). Для этого право подачи иска должно быть разъяснено еще до прекращения дела (и до отмены наложения ареста на имущество).

Право подачи гражданского иска исключается лишь при отсутствии события преступления. Непричастность лица к совершению преступления не исключает предъявления иска (к юридическому лицу, другому физическому лицу).

9. При прекращении уголовного преследования без прекращения уголовного дела соблюдаются общие требования к постановлению о прекращении дела с учетом следующей особенности: отменяются меры принуждения, применяемые в отношении данного лица.

10. Органы дознания и органы предварительного следствия обязаны в двухнедельный срок информировать военные комиссариаты или иные органы, осуществляющие воинский учет, о прекращении уголовных дел в отношении граждан, состоящих или обязанных состоять на воинском учете (ст. 4 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»).

СТАТЬЯ 214
ОТМЕНА ПОСТАНОВЛЕНИЯ О ПРЕКРАЩЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ИЛИ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. Признав постановление следователя о прекращении уголовного дела или уголовного преследования незаконным или необоснованным, прокурор отменяет его и возобновляет производство по уголовному делу.

2. Если суд признает постановление следователя о прекращении уголовного дела или уголовного преследования незаконным или необоснованным, то он выносит в порядке, установленном статьей 125 настоящего Кодекса, соответствующее решение и направляет его прокурору для исполнения.

3. Возобновление производства в соответствии со статьями 413 и 414 настоящего Кодекса по ранее прекращенному уголовному делу возможно в том случае, если не истекли сроки давности привлечения лица к уголовной ответственности.

4. Решение о возобновлении производства по уголовному делу доводится до сведения лиц, указанных в части третьей статьи 211 настоящего Кодекса.

1. Отменить постановление о прекращении дела или уголовного преследования, вынесенное в стадии предварительного расследования, может только прокурор, а если дело прекращено прокурором — то вышестоящий прокурор.

Бланк постановления предусмотрен приложением 140 к ст. 476 УПК.

2. Поводами для отмены постановления о прекращении дела или преследования могут быть: жалобы участников процесса, принесенные в порядке ст. 123 УПК; ходатайство начальника следственного отдела (п. 3 ч. 1 ст. 39); обращение следователя (ч. 3 ст. 38); решение суда, принятое в порядке ст. 125 УПК; собственная инициатива.

Основанием для отмены постановления о прекращении дела или преследования является его незаконность или необоснованность (об этом см. комм. к ч. 4 ст. 7). В частности, основанием для отмены могут быть: возражения обвиняемого или подозреваемого, когда он не был уведомлен о прекращении дела по нереабилитирующим основаниям; недостаточная доказанность нереабилитирующих оснований; наличие возможности для собирания дополнительных доказательств при прекращении дела по реабилитирующему основанию, вновь открывшиеся обстоятельства.

Условием для возобновления производства по делу является неистечение сроков давности уголовного преследования. Несмотря на то, что об этом условии говорится лишь в ч. 3 комм. статьи, оно имеет общий характер для всего института возобновления дела[1].

3. Решение суда о незаконности или необоснованности постановления о прекращении дела выносится только по жалобе заинтересованных лиц (ст. 125 УПК) и обязывает прокурора устранить допущенное нарушение. Прокурор рассматривает решение суда и вправе выбрать способ устранения нарушения: либо отменить постановление о прекращении дела, либо его изменить (например, в части основания для прекращения дела).

---

[1] См. Определение КС РФ от 20.10.2005 г. № 459-О.

4. Часть 3 комм. статьи ссылается на ст. 413 и 414 УПК. При применении комм. нормы следует учесть два момента:

1) порядок возобновления дела по новым и вновь открывшимся обстоятельствам предусмотрен только для *судебных* решений. В связи с этим при отмене постановления о прекращении дела в досудебных стадиях используются только основания, указанные в ст. 413, и сроки, указанные в ст. 414 УПК. Таким образом, отмена постановления о прекращении дела или преследования по мотивам ухудшения положения подозреваемого или обвиняемого допускается только в течение сроков давности привлечения к уголовной ответственности и не позднее одного года со дня открытия новых или вновь открывшихся оснований для отмены постановления. Если отмена постановления связана с улучшением положения подозреваемого или обвиняемого, то ее срок не ограничен. О понятии «новые и вновь открывшиеся обстоятельства» см. комм. к ст. 413.

Многократное возобновление прекращенного дела по одному и тому же основанию нарушает конституционные права потенциального обвиняемого[1]. Гарантией защиты прав и свобод является право на судебное обжалование постановления прокурора об отмене постановления о прекращении уголовного дела и о возобновлении производства по делу[2];

2) вынесенное в порядке ст. 125 УПК решение суда об оставлении без удовлетворения жалобы заинтересованных лиц на постановление о прекращении дела может быть отменено по новым и вновь открывшимся обстоятельствам (после вступления его в силу) в порядке, предусмотренном гл. 49 УПК.

5. О возобновлении прекращенного уголовного дела сообщается сторонам (обвиняемому, подозреваемому, защитнику, потерпевшему, гражданскому ответчику, их представителям).

Кодекс не устанавливает формы и сроков уведомления заинтересованных лиц о возобновлении дела. Такое уведомление может быть сделано лично (при производстве следственных действий с участием этих лиц в ближайшее время после возобновления дела). Об этом должна быть сделана отметка на постановлении. В остальных случаях целесообразна письменная форма уведомления.

6. При возобновлении прекращенного уголовного дела прокурор устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца со дня поступления дела следователю. Дальнейшее продление срока предварительного следствия производится на общих основаниях (ч. 6 ст. 162 УПК).

При возобновлении уголовного дела, прекращенного дознавателем, прокурор должен направить его для производства предварительного следствия, если максимальный срок дознания (30 дней) исчерпан.

Прокурор при возобновлении дела дает письменные указания следователю об устранении выявленных недостатков ранее проведенного расследования.

7. Отмена постановления о прекращении дела не восстанавливает применение отмененных мер принуждения и прежнего режима хранения вещественных доказательств. Для восстановления этих мер требуется вынесение новых решений.

---

[1] См. Определение КС РФ от 27.12.2002 г. № 300-О.

[2] См. Определение КС РФ от 25.03.2004 г. № 157-О.

ГЛАВА 30. НАПРАВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ ПРОКУРОРУ

СТАТЬЯ 215 ОКОНЧАНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ

1. Признав, что все следственные действия по уголовному делу произведены, а собранные доказательства достаточны для составления обвинительного заключения, следователь уведомляет об этом обвиняемого и разъясняет ему предусмотренное статьей 217 настоящего Кодекса право на ознакомление со всеми материалами уголовного дела как лично, так и с помощью защитника, законного представителя, о чем составляется протокол в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса.

2. Следователь уведомляет об окончании следственных действий защитника, законного представителя обвиняемого, если они участвуют в уголовном деле, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей.

3. Если защитник, законный представитель обвиняемого или представитель потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика по уважительным причинам не могут явиться для ознакомления с материалами уголовного дела в назначенное время, то следователь откладывает ознакомление на срок не более 5 суток.

4. В случае невозможности избранного обвиняемым защитника явиться для ознакомления с материалами уголовного дела следователь по истечении 5 суток вправе предложить обвиняемому избрать другого защитника или при наличии ходатайства обвиняемого принимает меры для явки другого защитника. Если обвиняемый отказывается от назначенного защитника, то следователь предъявляет ему материалы уголовного дела для ознакомления без участия защитника, за исключением случаев, когда участие защитника в уголовном деле в соответствии со статьей 51 настоящего Кодекса является обязательным.

5. Если обвиняемый, не содержащийся под стражей, не является для ознакомления с материалами уголовного дела без уважительных причин либо иным образом уклоняется от ознакомления, то следователь по истечении 5 суток со дня объявления об окончании следственных действий либо со дня окончания ознакомления с материалами уголовного дела иных участников уголовного судопроизводства, указанных в части второй настоящей статьи, составляет обвинительное заключение и направляет материалы уголовного дела прокурору.

1. Окончание предварительного следствия с обвинительным заключением — это заключительный этап стадии предварительного расследования, на котором формулируется окончательное обвинение, подлежащее рассмотрению в суде.

Данная форма окончания расследования отличается от других форм (см. комм. к ст. 158) принятием решения о направлении дела в суд (в отличие от прекращения дела) для привлечения конкретного лица к уголовной ответственности (в отличие от направления дела в суд для применения принудительных мер медицинского характера).

2. Основанием для окончания следствия составлением обвинительного заключения в ч. 1 комм. статьи называются производство всех следственных действий и достаточность доказательств. Однако эти основания требуют расширительного толкования. Для передачи дела в суд требуется его всесторонняя предварительная подготовка, поэтому основанием окончания следствия составлением обвинительного заключения является выполнение *всех* его задач (о них см. комм. к ст. 150), а именно:

1) получение достаточных доказательств для рассмотрения дела в суде.

При составлении обвинительного заключения должны быть доказаны все обстоятельства, входящие в предмет доказывания (ст. 73 УПК), в отличие от оснований выдвижения первоначального обвинения (см. комм. к ст. 171). Для направления дела в суд: а) первоначальное обвинение твердо обосновывается или изменяется с учетом доводов и доказательств защиты и становится окончательным обвинением; б) устанавливаются иные обстоятельства, не входящие в состав преступления (характеристика личности обвиняемого, размер ущерба, смягчающие и отягчающие обстоятельства, условия совершения преступления).

Достаточность оценивается самим следователем по правилам ст. 17, 88 УПК. При этом доказательств должно быть достаточно как обвинительных, так и оправдательных (т.е. удовлетворены обоснованные ходатайства защиты);

2) устранение с помощью обоснованного применения мер процессуального принуждения препятствий для движения дела (обвиняемый не скрылся, не препятствует выяснению истины). В противном случае предварительное следствие должно быть продолжено для преодоления препятствий или приостановлено. Так, если по делу избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, то следователь должен позаботиться о том, чтобы установленный срок содержания под стражей был достаточен для того, чтобы судья имел возможность принять решение о наличии или отсутствии оснований для дальнейшего применения заключения под стражу на судебных стадиях производства по делу[1];

3) обеспечение процессуальных прав сторон, прежде всего стороны защиты. Так, должно быть обеспечено участие в деле защитника, когда оно является обязательным (ст. 51 УПК). При наличии существенных процессуальных нарушений основных процедур (прежде всего предъявления обвинения, ознакомления соответствующих участников процесса с материалами уголовного дела и т.д.) предварительное следствие не может быть закончено. Оно должно быть продолжено для восстановления нарушенных прав, а при невозможности — прекращено. Например, нарушение процедуры привлечения лица в качестве обвиняемого препятствует направлению дела в суд даже при достаточных доказательствах (отсутствует постановление о привлечении в качестве обвиняемого; обвинение не предъявлено или предъявлено без защитника, когда его участие было обязательным; обвиняемый не допрошен; не участвовал в деле переводчик, а обвиняемый не владеет языком, на котором ведется судопроизводство).

3. Процессуальный порядок окончания предварительного следствия составлением обвинительного заключения включает в себя следующие этапы:

---

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П.

1) систематизация материалов уголовного дела (приведение их «в подшитый и пронумерованный вид» — ч. 1 ст. 217 УПК);

2) уведомление сторон об окончании предварительного следствия и разъяснение им права на ознакомление с материалами дела (ч. 1, 2 ст. 215);

3) ознакомление с материалами дела потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей при наличии соответствующего ходатайства (ст. 216);

4) ознакомление обвиняемого и его защитника, законного представителя с материалами уголовного дела (ст. 217);

5) составление обвинительного заключения (ст. 220) и направление дела прокурору (ч. 6 ст. 220);

6) действия и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением (ст. 221—222).

4. Ознакомление сторон со всеми материалами дела обеспечивает их процессуальные (конституционного уровня) права, а также всесторонность, объективность и полноту следствия. По результатам ознакомления могут быть заявлены и удовлетворены ходатайства о дополнении материалов дела.

5. Об уведомлении об окончании следствия и ознакомлении сторон с материалами дела см. комм. к ст. 216, 217. О протоколе см. комм. к ст. 218.

6. Часть 3 комм. статьи предусматривает обязанность следователя отложить на срок до 5 суток ознакомление с делом при неявке защитника, иных представителей сторон по уважительным причинам. О понятии «уважительные причины неявки» см. комм. к ст. 113. О наличии уважительных причин представители должны незамедлительно сообщить.

Отсутствие уважительных причин имеет место при: а) наличии доказательств об извещении представителей о месте и времени ознакомления с делом; б) их неявке; в) отсутствии сообщения о наличии уважительных причин.

При невозможности явки представителей в течение срока, превышающего 5 суток, специального времени для ознакомления с делом им не отводится. Однако они не теряют право ознакомиться с материалами дела при наличии такой возможности и права сделать копии за свой счет.

УПК не предусматривает обязанности следователя отложить ознакомление с делом при неявке по уважительным причинам самих потерпевшего и гражданского ответчика. Однако следователь вправе это сделать.

7. Перед ознакомлением с делом обвиняемому дополнительно разъясняется его право на помощь защитника (если до этого защитник в деле не участвовал) и фиксируется его желание иметь защитника или отказ от защитника по правилам ст. 52 УПК.

8. Часть 4 комм. статьи предусматривает возможность ознакомления с материалами дела обвиняемого без защитника, если избранный защитник не смог явиться в течение 5 суток, а от назначенного защитника обвиняемый отказался. Это правило конкретизирует общую норму о производстве следственного действия без защитника при его неявке (см. комм. к ч. 3 ст. 50).

Незаконное или необоснованное лишение права обвиняемого на помощь избранного им защитника является существенным нарушением уголовно-процессуального закона (п. 4 ч. 2 ст. 381). Поэтому при применении данной нормы следует учесть некоторые моменты:

а) при невозможности явки избранного защитника следователь *обязан* предложить обвиняемому пригласить другого защитника и принять меры к его вызову;

б) при обоснованном отказе от назначенного защитника (по основаниям, предусмотренным ст. 72 УПК или иным основаниям, например, когда адвокат в нарушение своих обязанностей — ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации» — занимает позицию вопреки воле доверителя) следователь обязан принять меры по обеспечению участия в деле другого защитника;

в) ознакомление с делом без защитника не допускается, когда его участие является обязательным в случаях, предусмотренных п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК, а также когда не принят отказ от защитника (ч. 2 ст. 52);

г) не явившийся, но участвующий в деле защитник сохраняет свои права, в т.ч. право на ознакомление с делом при наличии такой возможности.

9. Время ознакомления с материалами оконченного следствия включается в его срок (ст. 162) и в срок содержания под стражей (ст. 109).

В связи с этим ч. 5 комм. статьи предусматривает средство против умышленных действий обвиняемого по «затягиванию» ознакомления с материалами дела — завершение следствия без ознакомления. Если обвиняемый содержится под стражей, то средством против «затягивания» ознакомления с делом является формально не ограниченная возможность продления срока содержания под стражей (об этом см. комм. к ст. 109) и ограничение времени ознакомления по решению суда (ч. 3 ст. 217 УПК).

Если обвиняемый, не содержащийся под стражей, не является для ознакомления с делом без уважительных причин или иным образом уклоняется от ознакомления, то следователь через 5 суток ожидания вообще не знакомит обвиняемого с делом (ч. 5 ст. 215).

Такая санкция за затягивание обвиняемым этапа окончания следствия является недостаточно совершенной и порождает в практике ряд проблем:

1) неознакомление с делом является серьезным отступлением от принципов публичного состязательного процесса. Это нарушает право на защиту в такой же мере, как заочное судебное разбирательство (ч. 4 ст. 108, ст. 247 УПК). Поэтому применение данной нормы должно происходить с учетом общих правил допущения заочного рассмотрения дела (о них см. ниже);

2) неявка без уважительных причин или иное уклонение от участия в процессуальном действии обвиняемого является основанием для его привода (ст. 113) или избрания более строгой меры пресечения (ст. 97, 110 УПК). В связи с этим при неявке без уважительных причин обвиняемого ознакомление с делом должно быть отложено до его привода или заключения под стражу (при наличии для этого оснований). Отграничение этих смежных ситуаций должно строиться с учетом общего смысла этапа окончания следствия. Если участие в деле обвиняемого невозможно, то предварительное следствие не может быть закончено, т.к. не выполнены его задачи. Оно должно быть либо приостановлено (по основаниям ст. 208 УПК), либо продолжено для принудительного обеспечения участия в деле обвиняемого. Направление дела в суд приведет к констатации дефектов расследования. Так, если обвиняемый скрылся, то судья возвращает дело прокурору и поручает ему обеспечить розыск подсудимого (ч. 2 ст. 238);

3) комм. норма не предусматривает случаи, когда обвиняемый является на ознакомление с делом, однако явно затягивает ознакомление (например, очень медленно

читает и переписывает каждую страницу). В результате следователь не может через 5 суток закончить эту процедуру, прервав ознакомление.

В связи с изложенным комм. норму целесообразно применять с учетом следующих рекомендаций:

а) неознакомление обвиняемого с материалами оконченного следствия возможно *при добровольном отказе обвиняемого от ознакомления с делом* (по аналогии с ч. 4 ст. 247), если отсутствуют основания для приостановления дела (ст. 208 УПК, например, он не скрылся и не заболел тяжким заболеванием). Практически это означает, что обвиняемый должен лично присутствовать при составлении протокола об объявлении об окончании следствия, в котором и может быть зафиксирован его отказ от своего права;

б) при отказе обвиняемого от ознакомления с материалами дела с ними должен быть ознакомлен защитник (а при отсутствии защитника или таком же отказе защитника от ознакомления — назначен другой защитник). При этом обвиняемому и его защитнику могут быть направлены копии материалов уголовного дела, не содержащие сведений, составляющих охраняемую законом тайну (расходы на копирование материалов можно отнести к процессуальным издержкам и взыскать их по правилам ст. 132 УПК);

в) если обвиняемый явно затягивает ознакомление с материалами дела, то по решению суда можно ограничить время ознакомления по конкретному графику, по аналогии с правилом, установленным для содержащихся под стражей обвиняемых ч. 3 ст. 217 УПК.

10. Решение следователя об ограничении прав обвиняемого на ознакомление с делом по основаниям ч. 4—5 ст. 215 может быть обжаловано прокурору и в суд в порядке ст. 123—125. Однако жалоба не приостанавливает действия следователя, поэтому сам процесс ознакомления с делом может быть уже завершен или пройден. Прокурор, получив уголовное дело и обнаружив нарушение права на защиту (в т.ч. из содержания жалобы), вправе вернуть уголовное дело на дополнительное следствие.

11. Если обвиняемый пригласил нескольких защитников, то ознакомление с делом достаточно произвести с одним из них. Это вытекает из содержания ч. 3 ст. 215 УПК (неявка остальных защитников в течение 5 суток не препятствует дальнейшему движению дела).

СТАТЬЯ 216
ОЗНАКОМЛЕНИЕ ПОТЕРПЕВШЕГО, ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА, ГРАЖДАНСКОГО ОТВЕТЧИКА ИЛИ ИХ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ С МАТЕРИАЛАМИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. По ходатайству потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей следователь знакомит этих лиц с материалами уголовного дела полностью или частично. Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители знакомятся с материалами уголовного дела в той части, которая относится к гражданскому иску.

2. Ознакомление проводится в порядке, установленном статьями 217 и 218 настоящего Кодекса.

1. Потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители уведомляются об окончании производства следственных действий. Кодекс не предусматривает форму уведомления. Это может быть письменное сообщение или устное, оформленное протоколом по аналогии с протоколом уведомления обвиняемого (приложение 148 к ст. 476 УПК).

Уведомление должно быть заблаговременным, чтобы указанные лица успели заявить ходатайство об ознакомлении с делом.

2. Объявление (уведомление) об окончании следствия влечет запрет на производство следственных действий, кроме случаев удовлетворения ходатайств сторон.

3. Ознакомление указанных в комм. статье лиц с материалами дела производится по их ходатайству. Отказ в удовлетворении такого ходатайства не допускается.

Обеспечение участникам уголовного судопроизводства, в т.ч. потерпевшим, возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение по поводу материалов, представленных другими участниками процесса, является непременной составляющей конституционных прав граждан на судебную защиту и на доступ к правосудию. Лишение кого-либо из участников процесса такого рода возможностей противоречит Конституции РФ, ее ст. 46 и 52[1].

Неознакомление сторон с материалами дела является существенным нарушением процессуального закона (ст. 381 УПК). Однако права сторон могут быть нарушены несвоевременным уведомлением и недостатком времени для заявления ходатайства. В связи с этим следует особо отметить, что заявить ходатайство об ознакомлении с материалами оконченного следствия стороны вправе заранее, не дожидаясь получения уведомления.

Одновременно с заявлением ходатайства об ознакомлении с материалами дела потерпевшему рекомендуется заявить о его желании получить копию обвинительного заключения в порядке ч. 2 ст. 222 УПК.

4. Если в уголовном деле участвует один потерпевший, то он знакомится *со всеми* материалами дела. Согласно п. 12 ч. 2 ст. 42 УПК в случае, если в уголовном деле участвует несколько потерпевших, каждый из них вправе знакомиться с теми материалами уголовного дела, которые касаются вреда, причиненного данному потерпевшему. Эта норма, с одной стороны, позволяет упростить процедуру окончания следствия при наличии в деле большого числа потерпевших. Например, по делам о «мошеннических пирамидах» число потерпевших доходило до десятков сотен. Если каждый из них полностью изучал бы уголовное дело, то следствие бы никогда не закончилось. С другой стороны, законные интересы потерпевшего могут быть нарушены ограничением предоставляемых ему материалов «выборкой» по усмотрению следователя. Потерпевший (а при предъявлении иска, он же — гражданский истец) должен знать и основания иска (знакомиться с материалами, подтверждающими совершение преступления обвиняемым, его доводами и др.). Выходом из данной ситуации могло бы быть соглашение потерпевших об избрании общего представителя, который мог бы познакомиться с делом в полном объеме. Официальный бланк протокола ознакомления (приложение 150 к ст. 476 УПК) предусматривает ходатайство потерпевшего о частичном или полном ознакомлении. Таким образом, непредъявление части мате-

[1] См. Определение КС РФ от 15.12.2000 г. № 239-О.

риалов дела потерпевшему может рассматриваться как его добровольный отказ от своего права.

Кроме того, компенсация ограничения прав потерпевшего на ознакомление с делом может состоять в предоставлении им возможности снять с него копии за свой счет.

Гражданский истец, ответчик и их представители знакомятся с материалами дела, относящимися к гражданскому иску. Однако с обоснованием гражданского иска связаны почти все доказательства обвинения (об этом см. комм. к ст. 44). Поэтому к данным участникам процесса относится вышесказанное относительно потерпевшего.

5. Порядок ознакомления сторон с материалами дела такой же, как и при ознакомлении с делом обвиняемого, за исключением требований ч. 5 ст. 217 (см. комм. к ст. 217—218).

Бланк протокола ознакомления предусмотрен приложением 150 к ст. 476 УПК.

СТАТЬЯ 217
ОЗНАКОМЛЕНИЕ ОБВИНЯЕМОГО И ЕГО ЗАЩИТНИКА С МАТЕРИАЛАМИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. После выполнения требования статьи 216 настоящего Кодекса следователь предъявляет обвиняемому и его защитнику подшитые и пронумерованные материалы уголовного дела, за исключением случаев, предусмотренных частью девятой статьи 166 настоящего Кодекса. Для ознакомления предъявляются также вещественные доказательства и по просьбе обвиняемого или его защитника фотографии, материалы аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки и иные приложения к протоколам следственных действий. В случае невозможности предъявления вещественных доказательств следователь выносит об этом постановление. По ходатайству обвиняемого и его защитника следователь предоставляет им возможность знакомиться с материалами уголовного дела раздельно. Если в производстве по уголовному делу участвуют несколько обвиняемых, то последовательность предоставления им и их защитникам материалов уголовного дела устанавливается следователем.

2. В процессе ознакомления с материалами уголовного дела, состоящего из нескольких томов, обвиняемый и его защитник вправе повторно обращаться к любому из томов уголовного дела, а также выписывать любые сведения и в любом объеме, снимать копии с документов, в том числе с помощью технических средств. Копии документов и выписки из уголовного дела, в котором содержатся сведения, составляющие государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, хранятся при уголовном деле и предоставляются обвиняемому и его защитнику во время судебного разбирательства.

3. Обвиняемый и его защитник не могут ограничиваться во времени, необходимом им для ознакомления с материалами уголовного дела. Если содержащийся под стражей обвиняемый и его защитник явно затягивают время ознакомления с материалами уголовного дела, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном статьей 125 настоящего Кодекса, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. В случае, если обвиняемый и его защитник без уважительных причин не

ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следователь вправе принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела.

4. По окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь выясняет, какие у них имеются ходатайства или иные заявления. При этом у обвиняемого и его защитника выясняется, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты.

5. Следователь разъясняет обвиняемому его право ходатайствовать:

1) о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей — в случаях, предусмотренных пунктом 1 части третьей статьи 31 настоящего Кодекса. При этом следователь разъясняет особенности рассмотрения уголовного дела этим судом, права обвиняемого в судебном разбирательстве и порядок обжалования судебного решения. Если один или несколько обвиняемых отказываются от суда с участием присяжных заседателей, то следователь решает вопрос о выделении уголовных дел в отношении этих обвиняемых в отдельное производство. При невозможности выделения уголовного дела в отдельное производство уголовное дело в целом рассматривается судом с участием присяжных заседателей;

1.1) о рассмотрении уголовного дела коллегией из трех судей федерального суда общей юрисдикции — в случаях, предусмотренных пунктом 3 части второй статьи 30 настоящего Кодекса;

2) о применении особого порядка судебного разбирательства — в случаях, предусмотренных статьей 314 настоящего Кодекса;

3) о проведении предварительных слушаний — в случаях, предусмотренных статьей 229 настоящего Кодекса.

1. Перед ознакомлением обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела: а) они должны быть прошиты и пронумерованы; б) обвиняемому и его защитнику должно быть объявлено об окончании следственных действий и составлен протокол (ч. 2 ст. 215; приложение 148 к ст. 476 УПК); в) выполнены требования ст. 216 УПК.

В порядке комм. статьи производится ознакомление с делом и законных представителей обвиняемых (см. комм. к ст. 426).

2. Момент и очередность ознакомления обвиняемых и их защитников определяется следователем по своему усмотрению, однако если обвиняемый содержится под стражей, то ознакомление должно быть начато не позднее 30 суток до истечения соответственно 12- или 18-месячного предельного срока содержания под стражей (ч. 5 ст. 109). О продлении срока содержания под стражей для ознакомления с делом см. комм. к ст. 109.

Возможно «параллельное» ознакомление с различными томами уголовного дела нескольких обвиняемых и их защитников. Буквальное толкование ч. 1 ст. 217 не допускает «параллельного» ознакомления потерпевших и обвиняемых.

3. Материалы дела предъявляются для ознакомления в полном объеме. Исключения из этого правила допускаются в отношении:

а) некоторых вещественных доказательств (например, громоздких), о чем следователь выносит мотивированное постановление;

б) сведений о личности свидетелей и потерпевших, в отношении которых приняты меры безопасности в соответствии с ч. 9 ст. 166 УПК. Засекреченные сведения содержатся в постановлении, запечатанном в отдельном конверте при уголовном деле;

в) части материалов дела, которые могут оказать отрицательное воздействие на несовершеннолетнего обвиняемого (ч. 3 ст. 426; приложение 153 к ст. 476 УПК).

4. По общему правилу ознакомление обвиняемого и защитника с материалами дела происходит совместно, т.к. защитник оказывает при этом юридическую помощь. Их раздельное ознакомление с делом допускается при ходатайстве либо обвиняемого, либо защитника (но при отсутствии возражений со стороны обвиняемого). При раздельном ознакомлении составляются разные протоколы в соответствии со ст. 218 УПК.

5. Ознакомление с делом проводит следователь. Он принимает меры к сохранности материалов дела. Для предупреждения и пресечения попыток уничтожения материалов дела обвиняемым в данном процессуальном действии может участвовать работник органа дознания, что отражается в протоколе.

6. Следователь определяет порядок предъявления материалов дела (какие тома, когда и кому из обвиняемых читать, для этого может быть составлен график ознакомления, предусмотренный приложением 149 к ст. 476 УПК), однако инициатива изучения и копирования конкретных сведений принадлежит самим обвиняемому и защитнику. Они вправе повторно (но до окончания ознакомления в целом) обращаться к любому из томов дела.

Копирование материалов дела осуществляется за счет обвиняемого и его защитника, следователь лишь предоставляет материалы дела.

Копии и выписки сведений, содержащих охраняемую ФЗ тайну, хранятся при уголовном деле и предоставляются обвиняемому и защитнику при судебном разбирательстве. О видах охраняемой тайны см. комм. к ч. 3 ст. 183. При этом обилие всевозможных тайн на практике существенно ограничивает право копирования материалов дела.

Следователь вправе взять подписку (напомнить о ранее данной подписке) о неразглашении данных предварительного расследования (ст. 161 УПК).

7. Часть 3 комм. статьи (в ред. от 04.07.2003 г.) допускает ограничение по решению суда времени ознакомления с делом обвиняемого и его защитника, если они явно затягивают ознакомление. Комм. норма вызывает некоторые сложности в применении в связи с двумя обстоятельствами:

а) формально она не распространяется на обвиняемых, не содержащихся под стражей и домашним арестом, и явно затягивает ознакомление с делом. Этот пробел закона может быть компенсирован аналогией. Об этом также см. комм. к ч. 4—5 ст. 215, ч. 7 ст. 109;

б) закон указывает, что решение суд выносит в порядке ст. 125 УПК, которая регламентирует судебный порядок рассмотрения жалоб, а не ходатайств следователя. Процедуры для рассмотрения последних регулируются ст. 108 и 165 УПК. В порядке, предусмотренном ч. 4 ст. 108, производится продление срока содержания под стражей обвиняемого для завершения его ознакомления с делом. Было бы целесообразным одновременно с этим решать вопрос и о причине продления срока — о продолжительности самого ознакомления. Однако закон прямо ссылается на ст. 125, следова-

тельно, должны использоваться предусмотренные ею сроки принятия решения судом — 5 суток с момента поступления материалов в суд.

Об иных ограничениях прав обвиняемого и защитника на ознакомление с делом см. комм. к ч. 4—5 ст. 215.

8. По результатам ознакомления с делом следователь выясняет, какие у обвиняемого и защитника имеются ходатайства и заявления. Они могут быть заявлены и до окончания процесса ознакомления.

Ходатайства могут быть адресованы следователю (тогда он их разрешает), прокурору или суду (тогда они разрешаются при поступлении к ним дела). Следователь и прокурор при разрешении ходатайств руководствуются требованиями ст. 121—122, 159 УПК.

При ознакомлении с делом защитнику целесообразно заявить ходатайство о вручении ему копии обвинительного заключения в соответствии с ч. 2 ст. 222 УПК. Это ходатайство обращено к прокурору, однако для его удовлетворения следователь должен предварительно подготовить необходимые копии.

Ходатайства о дополнении материалов следствия разрешаются в порядке ст. 219 УПК.

Иные ходатайства (об изменении меры пресечения, о прекращении дела или уголовного преследования, об изменении юридической формулировки обвинения, о разрешении свидания с родственниками и др.) разрешаются в общем порядке (ст. 119—122, 159 УПК).

Для формирования списка свидетелей, специалистов и экспертов со стороны защиты как приложения к обвинительному заключению (ч. 4 ст. 220 УПК) следователь выясняет соответствующее желание обвиняемого и защитника.

При применении данной нормы следует учесть два обстоятельства: а) Кодекс не требует обоснования списка свидетелей защиты; б) ходатайство о вызове в суд ранее не допрошенных свидетелей может привести к возобновлению следствия. Например, защита называет нового очевидца преступления, который способен подтвердить невиновность обвиняемого. В таком случае налицо неполнота расследования, которую следователь обязан устранить путем допроса нового свидетеля.

9. Часть 5 комм. статьи предусматривает обязанность следователя разъяснить обвиняемому право ходатайствовать перед судом о дальнейшем порядке движения уголовного дела.

10. Право на рассмотрение дела судом с участием присяжных гарантируется на конституционном уровне (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 47 Конституции РФ). О подсудности суду с участием присяжных см. комм. к ч. 3 ст. 31.

Право на суд с участием присяжных обеспечивается в различных субъектах РФ в неодинаковые сроки (ст. 8 ФЗ о введении в действие УПК).

Главными особенностями производства в суде с участием присяжных являются: а) вынесение немотивированного решения по вопросу о виновности подсудимого непрофессиональными судьями (присяжными заседателями); б) назначение наказания в виде смертной казни (на исполнение которой наложен мораторий); в) невозможность отмены приговора суда присяжных в связи с несоответствием выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, установленным судом первой инстанции.

Об особенностях рассмотрения уголовного дела с участием присяжных заседателей см. комм. к ст. 324—353.

О выделении дела в отдельное производство в отношении тех обвиняемых, которые отказались от рассмотрения дела судом присяжных, см. комм. к ст. 154.

11. Следователю необходимо выяснить позицию обвиняемого по поводу подсудности уголовного дела суду из трех судей федерального суда общей юрисдикции в соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 30 УПК и в других случаях подсудности по выбору обвиняемого (например, в соответствии со ст. 452 УПК).

12. Обвиняемый имеет право заявить ходатайство о согласии с предъявленным ему обвинением с тем, чтобы его дело было рассмотрено в особом порядке, предусмотренном гл. 40 УПК. Данное ходатайство может быть заявлено при условии, что по предъявленному обвинению *УК* не предусмотрено большее наказание, чем 10 лет лишения свободы.

Следователь обязан разъяснить обвиняемому, что в таком случае: а) обвинительный приговор может быть вынесен без судебного разбирательства; б) назначенное наказание не будет превышать $^{2}/_{3}$ максимально возможного; в) с обвиняемого не будут взысканы судебные издержки; г) приговор не может быть обжалован в связи несоответствием выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам дела, установленным судом первой инстанции.

При заявлении указанного ходатайства одним из нескольких обвиняемых должен быть рассмотрен вопрос о выделении уголовного дела (см. комм. к ст. 154).

Заявление данного ходатайства означает обязательное участие в деле защитника (ст. 51 УПК), поэтому если обвиняемый ранее не пользовался помощью защитника, то его участие должно быть обеспечено. *При этом ходатайство обвиняемого должно быть подтверждено в присутствии защитника, после консультаций с ним* (п. 2 ч. 2 ст. 314, ч. 1 ст. 315 УПК). Из этого следует, что вновь вовлеченный в производство по делу защитник должен подготовиться к выполнению своих функций (к консультации), т.е. ознакомиться с материалами следствия в порядке ст. 217 УПК.

О рассмотрении дела в особом порядке см. комм. к ст. 314—317.

13. Основания для проведения предварительных слушаний должны быть разъяснены обвиняемому (о них см. комм. к ст. 229).

При этом следует учесть, что такие основания для проведения предварительного слушания, как ходатайства об исключении доказательств, о возвращении дела прокурору, о приостановлении и прекращении дела, могут отпасть в силу разрешения их самим следователем или прокурором. В свою очередь, для следователя и прокурора эти ходатайства являются поводом для проверки качества проведенного следствия и устранения его недостатков. После дополнения материалов следствия применяются правила ст. 219 УПК.

СТАТЬЯ 218
ПРОТОКОЛ ОЗНАКОМЛЕНИЯ С МАТЕРИАЛАМИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. По окончании ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь составляет протокол в соответствии со статьями 166 и 167 настоящего Кодекса. В протоколе указываются даты начала и окон-

чания ознакомления с материалами уголовного дела, заявленные ходатайства и иные заявления.

2. В протоколе делается запись о разъяснении обвиняемому его права, предусмотренного частью пятой статьи 217 настоящего Кодекса, и отражается его желание воспользоваться этим правом или отказаться от него.

1. Протокол составляется о каждом процессуальном действии по ознакомлению участников процесса с материалами дела в соответствии со ст. 216—217 УПК. Если ознакомление продолжается длительное время, в протоколе могут быть сделаны соответствующие записи: когда ознакомление прервано и когда возобновлено (дата и время). Эти сведения могут быть отражены в прилагаемом к протоколу графике ознакомления.

Если после ознакомления с делом были проведены дополнительные следственные действия, то сторонам предъявляются их результаты (дополнительные материалы). Об ознакомлении с дополнительными материалами вновь составляется протокол. В любом случае протокол об ознакомлении с материалами дела должен быть последним документом, предшествующим обвинительному заключению.

2. Протокол составляется с соблюдением общих правил, закрепленных в ст. 166—167 УПК (см. комм. к ним).

3. Особое внимание следует обратить на отражение в протоколе сведений о:

а) предъявленных материалах дела (номера томов, листов), вещественных доказательствах, приложениях к протоколам следственных действий;

б) ходатайствах о полном или частичном ознакомлении с делом, о предъявлении определенного тома дела повторно, о раздельном ознакомлении обвиняемого и его защитника;

в) хранящихся при деле и сделанных участниками процесса копий документов, которые содержат охраняемую ФЗ тайну (ч. 2 ст. 217 УПК);

г) ходатайствах и заявлениях участников процесса.

В протоколе целесообразно отразить факт применения технических средств копирования определенных материалов.

4. Позиция обвиняемого об использовании своих прав в соответствии с ч. 5 ст. 217 УПК должна быть зафиксирована в протоколе.

5. Бланки протоколов предусмотрены приложениями 151, 152 к ст. 476 УПК.

СТАТЬЯ 219
РАЗРЕШЕНИЕ ХОДАТАЙСТВА

1. В случае удовлетворения ходатайства, заявленного одним из участников производства по уголовному делу, следователь дополняет материалы уголовного дела, что не препятствует продолжению ознакомления с материалами уголовного дела другими участниками.

2. По окончании производства дополнительных следственных действий следователь уведомляет об этом лиц, указанных в части первой статьи 216 и части первой статьи 217 настоящего Кодекса, и предоставляет им возможность ознакомления с дополнительными материалами уголовного дела.

3. В случае полного или частичного отказа в удовлетворении заявленного ходатайства следователь выносит об этом постановление, которое доводится до

сведения заявителя. При этом ему разъясняется порядок обжалования данного постановления.

1. Комм. статья регулирует разрешение только тех ходатайств, которые обращены к следователю и имеют своим содержанием дополнение материалов следствия. Ходатайства, адресованные прокурору и суду (например, указанные в ч. 5 ст. 217 УПК), следователем не рассматриваются и не разрешаются (об иных ходатайствах см. комм. к ст. 217).

2. При разрешении ходатайств должны применяться общие правила, закрепленные в ст. 119—122, 159 УПК.

3. Комм. статья содержит две специальные нормы, имеющие приоритет перед общими правилами гл. 15 и ст. 159 УПК:

1) рассмотрение и удовлетворение ходатайств одного участника процесса не приостанавливает ознакомление с делом других участников. Таким образом, во время ознакомления сторон с материалами оконченного следствия разрешено производить дополнительные следственные действия по их ходатайству. При этом следует учесть: а) лица, заявившие ходатайство о производстве следственных действий, вправе в них участвовать; б) закон не запрещает продолжить ознакомление с делом этих лиц;

2) проведение дополнительных следственных действий и дополнение следствия не влечет обязательного повторения всего процесса ознакомления с делом всех заинтересованных лиц (в отличие от аналогичных правил УПК РСФСР). Сторонам должна быть предоставлена возможность ознакомления с дополнительными материалами. Однако стороны вправе повторно обратиться и к уже изученным томам и листам дела.

4. Часть 3 комм. статьи страдает неполнотой по сравнению с аналогичным правилом ст. 122 УПК. В данном случае должно применяться последнее, т.е. постановление должно быть вынесено и при удовлетворении ходатайства (приложение 156 к ст. 476 УПК).

5. Заинтересованные лица вправе обжаловать принятые по их ходатайствам решения[1].

СТАТЬЯ 220
ОБВИНИТЕЛЬНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. В обвинительном заключении следователь указывает:

1) фамилии, имена и отчества обвиняемого или обвиняемых;

2) данные о личности каждого из них;

3) существо обвинения, место и время совершения преступления, его способы, мотивы, цели, последствия и другие обстоятельства, имеющие значение для данного уголовного дела;

4) формулировку предъявленного обвинения с указанием пункта, части, статьи Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающих ответственность за данное преступление;

5) перечень доказательств, подтверждающих обвинение;

6) перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты;

7) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;

---

[1] См. Постановление КС РФ от 08.12.2003 г. № 18-П.

8) данные о потерпевшем, характере и размере вреда, причиненного ему преступлением.

9) данные о гражданском истце и гражданском ответчике.

2. Обвинительное заключение должно содержать ссылки на тома и листы уголовного дела.

3. Обвинительное заключение подписывается следователем с указанием места и даты его составления.

4. К обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны обвинения и защиты с указанием их места жительства и (или) места нахождения.

5. К обвинительному заключению также прилагается справка о сроках следствия, об избранных мерах пресечения с указанием времени содержания под стражей и домашнего ареста, вещественных доказательствах, гражданском иске, принятых мерах по обеспечению гражданского иска и возможной конфискации имущества, процессуальных издержках, а при наличии у обвиняемого, потерпевшего иждивенцев — о принятых мерах по обеспечению их прав. В справке должны быть указаны соответствующие листы уголовного дела.

6. После подписания следователем обвинительного заключения уголовное дело немедленно направляется прокурору. В случаях, предусмотренных статьей 18 настоящего Кодекса, следователь обеспечивает перевод обвинительного заключения.

1. Обвинительное заключение — это процессуальный документ, оформляющий итоговое для предварительного следствия решение, в котором описаны его ход и результаты и сформулировано окончательное обвинение, подлежащее рассмотрению в суде.

Обвинительное заключение в отличие от постановления о прекращении дела не разрешает дело по существу, а служит основанием для судебного разбирательства. В отличие от постановления о привлечении в качестве обвиняемого (содержащим первоначальное обвинение) обвинительное заключение является итоговым решением стадии и содержит описание результатов расследования. Если постановления о привлечении в качестве обвиняемого выносятся в отношении каждого обвиняемого, то обвинительное заключение всегда одно.

Обвинительное заключение имеет значение:

1) юридическое. Оно содержит окончательное обвинение (утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном УПК РФ — п. 22 ст. 5). В отличие от первоначального обвинения, оно уточнено с учетом опровержения или подтверждения доводов защиты. Окончательное обвинение не может существенно отличаться от первоначального (при такой необходимости используется процедура изменения обвинения (см. комм. к ст. 175). В то же время объем окончательного обвинения может быть уменьшен, а уголовное преследование в соответствующей части прекращено.

Окончательное обвинение:

а) не означает, что оно становится неизменным. Обвинение может быть изменено прокурором вплоть до удаления суда в совещательную комнату, однако таким образом, чтобы не ухудшилось положение обвиняемого;

б) определяет пределы дальнейшего производства по делу, которое будет вестись лишь в отношении указанных в нем обвиняемых и лишь по вменяемым им в вину преступлениям;

в) является основой для осуществления функции защиты по уголовному делу. Поэтому вручение копии обвинительного заключения прокурором обеспечивает право обвиняемого на защиту (ч. 2 ст. 222 УПК).

Обвинительное заключение приобретает юридическую силу после утверждения его прокурором. Однако подписание обвинительного заключения следователем обязывает его немедленно направить дело прокурору;

2) справочно-техническое. В обвинительном заключении систематизируются и анализируются материалы уголовного дела (приводятся данные о личностях обвиняемых, дается перечень доказательств со ссылками на листы и тома дела, в приложениях указывается иная справочная информация). Этим облегчается изучение дела и организация судебного производства.

Нарушения при составлении обвинительного заключения являются основанием для возвращения судьей уголовного дела прокурору (п. 1 ч. 1 ст. 237).

2. Форма обвинительного заключения установлена приложением 158 к ст. 476 УПК. При этом по сравнению с УПК РСФСР УПК РФ упрощает содержание обвинительного заключения (в нем нет выделения описательной и резолютивной частей) и одновременно жестко задает его структуру.

3. Сопоставление требований комм. статьи, содержания официального бланка обвинительного заключения и требований, предъявляемых к постановлению о привлечении в качестве обвиняемого (ст. 171 УПК), позволяет пояснить содержание обвинительного заключения.

1) данные о личности обвиняемого (12 пунктов по бланку) заполняются на каждого обвиняемого. В качестве характеризующих данных могут быть приведены сведения о наличии даже снятой и погашенной судимости;

2) изложение существа обвинения, места и времени совершения преступления, его мотивов и целей — это объем обвинения (фабула дела), т.е. подробное описание конкретных обстоятельств вменяемых в вину преступлений каждому из обвиняемых.

При изложении существа обвинения следует учесть такие моменты:

а) официальный бланк обвинительного заключения не учитывает, что уголовное дело может быть многоэпизодным и с несколькими обвиняемыми. Принимая во внимание, что УПК (ст. 220, приложение 158 к ст. 476) не требует повторения изложения существа обвинения (фабулы) для каждого обвиняемого, можно прийти к выводу, что *изложение существа обвинения допускается совместно для всех обвиняемых*.

Таким образом, могут быть использованы выработанные практикой систематический (описание процесса совершения преступления в целом) и поэпизодный (описание каждого преступления в отдельности) способы составления обвинительного заключения. Использование хронологического способа (описание обстоятельств в том порядке, как они были установлены) затруднено, т.к. бланк в отдельной графе требует указывать доказательства. Однако запрет на анализ доказательств при изложении существа обвинения отсутствует, поэтому следователь вправе это сделать;

б) УПК не проводит различий между содержанием постановления о привлечении в качестве обвиняемого и содержанием существа обвинения в обвинительном заключении. Однако содержание обвинительного заключения должно быть более под-

робным, чем первоначальное обвинение. В обвинительном заключении необходимо описать результаты расследования в целом, т.е. изложить все установленные обстоятельства в соответствии со ст. 73 УПК. К «другим обстоятельствам» по смыслу п. 3 ч. 1 ст. 220 УПК относятся: сведения о причинах преступления, прекращении преследования в отношении отдельных обвиняемых, о выделении другого уголовного дела и выделении материалов.

О содержании существа обвинения см. комм. к ст. 171.

Если по делу участвуют несколько обвиняемых, то в отношении каждого из них необходимо изложить формулировку предъявленного обвинения;

3) формулировка предъявленного обвинения (по содержанию приложения 158 к ст. 476 УПК) означает уголовно-правовую оценку преступления, т.е. указание точной квалификации. Эта формулировка должна совпадать с последним предъявленным ранее обвинением (об этом см. комм. к ст. 171);

4) буквальное толкование п. 5 и 6 ч. 1 ст. 220 УПК и содержание бланка приводит к выводу, что в обвинительном заключении следователь вправе хаотично указать перечень источников доказательств, не раскрывая их содержания;

С одной стороны, это подчеркивает: а) предварительный характер результатов расследования, б) необходимость исследования в суде содержания доказательств, в) технический характер обвинительного заключения, г) задачу государственного обвинителя активно поддерживать обвинение в суде, а не зачитывать текст обвинительного заключения, д) тактические возможности обвинения по выдвижению новых доводов.

С другой стороны, отсутствие анализа доказательств: а) не способствует обоснованности обвинения и уменьшает мотивированность обвинительного заключения (указание перечня доказательств способно создать ложное впечатление, что вина обвиняемого уже доказана количеством доказательств); б) затрудняет проверку уголовного дела прокурором и подготовку дела к судебному разбирательству; в) оставляет в неведении сторону защиты относительно позиции обвинения по спорным вопросам оценки доказательств.

Бланк обвинительного заключения требует указание перечня доказательств отдельно в отношении каждого обвиняемого. Однако по многоэпизодному делу необходимо указывать доказательства и по каждому преступлению в отдельности, особенно при реальной совокупности[1]. Иначе обвинительное заключение не позволит разобраться, какой из, например, десяти эпизодов доказан и чем именно.

Однако судебная практика дает расширительное толкование комм. нормы, согласно которому перечень доказательств означает указание не на их источники (названия доказательств), а на их содержание — сведения о фактах. Поэтому следователь обязан раскрыть содержание доказательств в обвинительном заключении и, по сути, дать анализ каждого из них[2];

5) перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты, должен включать именно «доказательства», т.е. собранные в процессуальном порядке данные. Другими словами, доказательства защиты должны находиться в деле. Это не лишает

[1] См. п. 13 постановления ПВС РФ от 05.03.2004 г. № 1.

[2] См. п. 13 постановления ПВС РФ от 05.03.2004 г. № 1; постановление Президиума ВС РФ от 18.06.2003 г. по делу № 169П03ПР.

сторону защиты (как и сторону обвинения) права ходатайствовать перед судом о получении новых доказательств.

На практике следует учесть, что одно и то же доказательство может быть как обвинительным (в одной части), так и оправдательным (в другой части). Например, протокол явки с повинной подтверждает виновность, но доказывает факт деятельного раскаяния как смягчающего обстоятельства. Поэтому стороны вправе ссылаться на одни и те же источники доказательств;

6) комм. статья (в отличие от УПК РСФСР) не требует указания в обвинительном заключении доводов защиты и результатов их проверки. Это не означает, что у защиты нет своей позиции или что следователь не обязан опровергнуть эти доводы, просто данным обстоятельствам не отведено место в обвинительном заключении. Представляется, что такое ограничение содержания обвинительного заключения неоправданно. Позиция сторон — важнейшее обстоятельство в условиях состязательности. Предварительная подготовка дела (даже в гражданском процессе) предполагает выяснение позиций сторон — предмета спора (например, в гражданском процессе для этого специально ответчику предлагается представить письменные объяснения). В связи с этим на практике целесообразно при изложении «других обстоятельств» по п. 3 ч. 1 ст. 220 УПК указать и позицию защиты;

7) обстоятельства, отягчающие и смягчающие наказание, излагаются для каждого обвиняемого (о них см. комм. к ст. 73);

8) в обвинительном заключении указываются данные обо всех установленных потерпевших. Отдельно указывается размер причиненного им вреда, подлежащего возмещению по гражданскому иску (см. комм. к ст. 44). Кроме того, следует по возможности указать и факт причинения и характер морального вреда.

В обвинительном заключении требуется указать факт заявления иска, признания гражданским истцом и привлечения в качестве гражданского ответчика.

4. Приложения к обвинительному заключению состоят из списка лиц, подлежащих вызову в суд, по мнениям следователя и стороны защиты, и справки о движении дела. Список свидетелей (специалистов, экспертов) со стороны защиты формируется на основе их ходатайств, заявленных при ознакомлении с материалами оконченного следствия (ч. 4 ст. 217 УПК).

Справка о движении дела включает в себя сведения о сроках следствия (см. комм. к ст. 162); об избранных мерах пресечения (см. комм. к ст. 98); о времени содержания под стражей и под домашним арестом (см. комм. к ст. 91, 107, 109); о вещественных доказательствах и месте их хранения (см. комм. к ст. 81—82); о гражданском иске (см. комм. к ст. 44); принятых мерах по его обеспечению и обеспечению иных имущественных взысканий (см. комм. к ст. 115); процессуальных издержках (см. комм. к ст. 131); принятых мерах по попечению об иждивенцах обвиняемого, об охране его имущества (см. комм. к ст. 160).

5. После подписания обвинительного заключения следователь не вправе чем-либо дополнить материалы следствия. Он обязан немедленно направить дело прокурору. При этом согласование текста обвинительного заключения с начальником следственного отдела не требуется.

Обвинительное заключение изготавливается с копиями для вручения их лицам, указанным в ч. 2 ст. 222 УПК, а также для оставления копии у прокурора.

Если лица, имеющие право получить копию обвинительного заключения (в т.ч. потерпевший, защитник), недостаточно владеют языком, на котором ведется судопроизводство, то следователь обеспечивает перевод обвинительного заключения и подготовку переведенных копий для этих лиц.

Об участии переводчика см. комм. к ст. 18, 59, 169.

6. Согласно ч. 5 ст. 4 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» следователю предписывается в двухнедельный срок сообщить в военный комиссариат о направлении уголовного дела в суд в отношении гражданина, состоящего или обязанного состоять на воинском учете.

ГЛАВА 31. ДЕЙСТВИЯ И РЕШЕНИЯ ПРОКУРОРА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ, ПОСТУПИВШЕМУ С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ

СТАТЬЯ 221 РЕШЕНИЕ ПРОКУРОРА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Прокурор рассматривает поступившее от следователя уголовное дело с обвинительным заключением и в течение 5 суток принимает по нему одно из следующих решений:

1) об утверждении обвинительного заключения и о направлении уголовного дела в суд. Прокурор может составить новое обвинительное заключение;

2) о прекращении уголовного дела либо уголовного преследования в отношении отдельных обвиняемых полностью или частично;

3) о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков со своими письменными указаниями;

4) о направлении уголовного дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения, если оно подсудно вышестоящему суду.

2. Прокурор вправе:

1) при утверждении обвинительного заключения изменить объем обвинения либо квалификацию действий обвиняемого по уголовному закону о менее тяжком преступлении;

2) отменить или изменить ранее избранную обвиняемому меру пресечения, за исключением случая, предусмотренного частью четвертой статьи 110 настоящего Кодекса. Прокурор также вправе избрать меру пресечения, если таковая не была применена, за исключением домашнего ареста и содержания под стражей;

3) дополнить или сократить список лиц, подлежащих вызову в суд, за исключением списка свидетелей со стороны защиты;

4) ходатайствовать перед судом о проведении судебного разбирательства в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса *(п. 4 введен ФЗ от 27.07.2006 г. № 153-ФЗ)***.**

3. Установив, что следователь нарушил требования части пятой статьи 109 настоящего Кодекса, а предельный срок содержания обвиняемого под стражей истек, прокурор изменяет данную меру пресечения.

4. В случаях, предусмотренных пунктами 2—4 части первой, частями второй и третьей настоящей статьи, прокурор выносит соответствующее постановление.

1. Действия и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением, являются заключительным этапом досудебного производства, обладающим определенной самостоятельностью: для него установлены свои срок, задачи и итоговые решения.

2. Пятисуточный срок исчисляется со дня поступления дела к прокурору (по правилам ст. 128 УПК) и продлению не подлежит. При большом объеме уголовного дела прокурор наделен полномочиями ознакомиться с делом в процессе предварительного следствия (см. комм. к ст. 37).

3. Задачей деятельности прокурора по поступившему с обвинительным заключением делу является проверка качества проведенного следствия. Эта проверка служит процессуальной формой его надзора над производством предварительного следствия.

Предметом проверки является выяснение объективности, всесторонности, полноты предварительного следствия, а также отсутствия нарушений процессуального закона во время его производства.

Проверка осуществляется путем изучения материалов дела, рассмотрения заявленных участниками процесса ходатайств, заявлений. Прокурор вправе истребовать от следователя объяснения по поводу допущенных им нарушений.

4. Комм. статья регламентирует решения прокурора, которые он вправе принять на данном этапе досудебного производства. При этом указанными полномочиями обладает только сам прокурор или его заместитель (ч. 6 ст. 37 УПК).

5. Утверждение обвинительного заключения и направление дела в суд в порядке ст. 222 УПК производится, когда прокурор признает произведенное расследование качественным и достаточным для поддержания обвинения в суде, а само дело подготовленным к суду (отсутствие оснований для приостановления дела, отсутствие процессуальных нарушений). Изучая материалы дела, прокурор должен убедиться в том, что виновность обвиняемых полностью доказана и при подтверждении в суде указанных следователем доказательств будет вынесен обвинительный приговор. При недостаточно доказанной виновности прокурор обязан принять иное решение.

Прокурор вправе составить новое обвинительное заключение только при условии, что предварительное расследование проведено качественно (а составленное следователем обвинительное заключение не соответствует требованиям ст. 220). Для пересоставления обвинительного заключения прокурор вправе возвратить дело следователю.

Если обвинительное заключение составлено прокурором, то его дополнительное утверждение не требуется.

6. Прокурор прекращает уголовное дело в целом или уголовное преследование в отношении отдельных обвиняемых полностью или в части в порядке ст. 212—213 УПК (см. комм. к ним).

Прекращение уголовного преследования в части одновременно означает уменьшение обвинения.

7. Прокурор вправе вернуть уголовное дело следователю для производства дополнительного следствия или для пересоставления обвинительного заключения для устранения выявленных им недостатков.

Основаниями для этого могут быть:

1) неполное и необъективное выявление подлежащих доказыванию обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК. Например, не проверена оправдательная версия защиты, не установлены обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, и др. Указанное основание, по существу, является недостаточной доказанностью предъявленного обвинения;

2) необходимость изменения фактической стороны предъявленного обвинения или применения уголовного закона, ухудшающего положение обвиняемого. Изменение фактической стороны обвинения предполагает вменение в вину иных обстоятельств (например, изменяется способ совершения преступления), или перемену самих лиц, привлеченных в качестве обвиняемых (исправление существенных данных о личности, привлечения в качестве обвиняемых других лиц);

3) допущенные следователем нарушения процессуального закона как при собирании доказательств, так и при совершении иных процессуальных действий. Например, нарушение прав на защиту, на пользование услугами переводчика, на ознакомление с материалами дела потерпевшего; неправильное соединение или выделение дела и др. Нарушение требований ст. 220 УПК является основанием возвращения дела для пересоставления обвинительного заключения;

4) необходимость розыска обвиняемого. Если обвиняемый скрылся, то судья возвратит дело прокурору (ч. 2 ст. 238 УПК). Исключение составляет случай, когда прокурор ходатайствует перед судом о проведении заочного судебного разбирательства в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК (см. комм. к ней).

Условием для возвращения уголовного дела следователю является *возможность устранения недостатков*. Если исчерпаны все возможности для собирания дополнительных доказательств, то при недостаточно доказанном обвинении прокурор должен прекратить уголовное преследование в соответствующей части.

Неустранимые недостатки предварительного следствия, кроме прекращения преследования, могут повлечь меры дисциплинарного воздействия. В некоторых случаях недостатки не препятствуют утверждению обвинительного заключения и направлению дела в суд (например, когда не выявлены причины преступления и уже утрачена возможность их выявления).

При возвращении дела следователю прокурор: а) обязан дать свои письменные указания о выявленных недостатках и способах их устранения; б) устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца (ч. 6 ст. 162 УПК); в) обладает всеми правами, закрепленными в ст. 37 УПК (в т.ч. правом передать дело другому следователю, произвести лично дополнительное следствие).

Институт возвращения дела прокурором на дополнительное следствие имеет значение последнего «рубежа», за счет которого сторона обвинения может усилить свои

позиции или исправить ошибки по данному делу. По новому процессуальному закону возвращение дела из судебного производства следователю, по общему правилу, невозможно.

8. Направление дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения по делу, подсудному вышестоящему суду, производится в соответствии с правилами подсудности (см. комм. к ст. 31). В то же время УПК не указывает, прокурор какого уровня должен утверждать обвинительное заключение и поддерживать обвинение в суде. Поэтому при применении данной нормы должны использоваться нормативные акты Генеральной прокуратуры РФ[1].

9. Часть 2 комм. статьи предусматривает дополнительные права прокурора по принятию решений, которые не являются итоговыми для данного этапа досудебного производства.

1) Прокурор не может ухудшить положение обвиняемого, поэтому обвинение изменяется только в сторону смягчения путем: а) уменьшения объема обвинения, т.е. исключения каких-либо эпизодов, составов преступлений (буквальное толкование п. 1 ч. 2 ст. 221 может привести к другому — ошибочному выводу); б) изменения юридической формулировки с помощью переквалификации деяния на преступление меньшей тяжести, исключения квалифицирующих признаков.

Для уменьшения объема обвинения прокурор выносит постановление о прекращении уголовного преследования в части, о чем уведомляет обвиняемого и защитника (см. комм. к ст. 175).

При изменении юридической формулировки прокурор также должен вынести постановление и уведомить заинтересованных лиц (поскольку он не может вычеркнуть несколько строчек из обвинительного заключения и вписать другие).

При любом изменении обвинения прокурор выносит об этом постановление, что косвенно предусмотрено ч. 2 ст. 265 УПК. Это постановление вручается обвиняемому вместе с обвинительным заключением.

2) Прокурор вправе избрать, отменить или изменить меру пресечения. Исключения касаются тех решений, которые отнесены исключительно к компетенции суда. Однако если требуется освободить незаконно содержащегося под стражей, то прокурор обязан это сделать немедленно (ч. 2 ст. 110 УПК) (подробнее об этом см. комм. к ст. 110).

При необходимости избрания меры пресечения в виде заключения под стражу или домашнего ареста прокурор вправе: а) вернуть дело следователю со своим указанием о мере пресечения, если обвиняемый скрылся; б) направить дело в суд и ходатайствовать перед ним об избрании меры пресечения, если обвиняемый «доступен» (по мотивам, например, необходимости исполнения приговора).

Как отмечает КС РФ, прокурор при утверждении обвинительного заключения и направлении уголовного дела в суд обязан проверить, не истекает ли установленный судом срок содержания обвиняемого под стражей и достаточен ли он для того, чтобы судья имел возможность принять решение о наличии или отсутствии оснований для дальнейшего применения заключения под стражу на судебных стадиях производства по делу. Если к моменту направления дела в суд этот срок истекает или если он оказывается недостаточным для того, чтобы судья в стадии подготовки к

[1] См., напр.: приказ Генпрокуратуры РФ от 09.09.2002 г. № 54.

[2] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П.

судебному заседанию мог принять решение о наличии или отсутствии оснований для дальнейшего применения заключения под стражу, прокурор в соответствии со ст. 108 и 109 УПК обязан обратиться в суд с ходатайством о продлении срока содержания обвиняемого под стражей[1].

3) Прокурор вправе изменить список лиц, подлежащих вызову в суд со стороны обвинения, в связи с тем, что ему как будущему государственному обвинителю виднее, какие доказательства надо использовать в суде. Прокурор не осуществляет надзор над деятельностью стороны защиты, поэтому он не вправе изменять список свидетелей со стороны защиты.

4) Законом от 27.07.2006 прокурору предоставлено право ходатайствовать перед судом о проведении судебного разбирательства в отсутствие обвиняемого по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, который находится за пределами территории РФ и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу (см. комм. к ч. 5 ст. 247). Однако такое ходатайство, по смыслу УПК, не освобождает органы уголовного преследования от обязанности предъявить обвинение, ознакомить сторону защиты с материалами оконченного предварительного следствия.

10. Об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу см. комм. к ст. 108, 109, 110.

11. Прокурор должен вынести постановление не только в случаях, предусмотренных ч. 1 ст. 221 УПК, но и в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 221. Постановление прокурора должно быть мотивированным (ч. 4 ст. 7 УПК). Бланки постановлений предусмотрены приложениями 159—162 к ст. 476 УПК.

12. При изучении дела, поступившего с обвинительным заключением, прокурор обязан рассмотреть заявленные ему ходатайства и жалобы участников процесса по правилам ст. 121—122, 124 УПК.

СТАТЬЯ 222
НАПРАВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В СУД

1. После утверждения обвинительного заключения прокурор направляет уголовное дело в суд, о чем уведомляет обвиняемого, его защитника, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и (или) представителей и разъясняет им право заявлять ходатайство о проведении предварительного слушания в порядке, установленном главой 15 настоящего Кодекса.

2. Копия обвинительного заключения с приложениями вручается прокурором обвиняемому. Копии обвинительного заключения вручаются также защитнику и потерпевшему, если они ходатайствуют об этом.

3. В случае, если обвиняемый содержится под стражей, копия обвинительного заключения с приложениями вручается ему по поручению прокурора администрацией места содержания под стражей под расписку, которая представляется в суд с указанием даты и времени вручения.

4. Если обвиняемый отказался от получения копии обвинительного заключения либо не явился по вызову или иным образом уклонился от получения копии обвинительного заключения, то прокурор направляет уголовное дело в

с у д
с указанием причин, по которым копия обвинительного заключения не была вручена обвиняемому.

1. Прокурор, утвердив обвинительное заключение, обязан направить уголовное дело в суд не позднее 5 суток с того момента, когда сам получил дело. Утверждение обвинительного заключения фиксируется в виде подписи и печати прокурора на соответствующем бланке. Правом утверждения обвинительного заключения наделены только прокуроры и их заместители (ч. 6 ст. 37 УПК). Прокурор направляет дело в суд с учетом правил подсудности, закрепленных в ст. 31—32 УПК.

В сопроводительном письме прокурор вправе высказать свое мнение по поводу целесообразности закрытого судебного разбирательства и о применении особого порядка судебного разбирательства, поскольку ч. 1 ст. 314 УПК предполагает предварительное согласие государственного обвинителя.

2. О направлении дела в суд прокурор письменно уведомляет стороны, которые получают возможность заблаговременно подготовиться к суду. После получения такого уведомления все ходатайства и жалобы должны направляться в указанный прокурором суд — органу, ведущему дело.

В тексте уведомления прокурор должен разъяснить сторонам их право ходатайствовать перед судом в течение 3 суток со дня получения уведомления о проведении предварительного слушания для решения вопросов об исключении доказательств, прекращении, приостановлении дела или возвращении его прокурору, о порядке судебного разбирательства (об этом см. комм. к ст. 229).

Повторное разъяснение этих прав (первоначально они разъяснялись при ознакомлении с материалами оконченного следствия) предоставляет дополнительные гарантии сторонам воспользоваться ими.

3. Вручение копии обвинительного заключения возлагается на прокурора, который обязан направить уголовное дело в суд с данными о том, что копии вручены[1]. Отсутствие таких данных может повлечь возвращение дела прокурору (п. 2 ч. 1 ст. 237 УПК), отложение судебного разбирательства (ч. 2 ст. 265 УПК).

Вместе с копией обвинительного заключения и приложениями вручению подлежат вынесенные в порядке ст. 221 УПК постановления прокурора об изменении обвинения и обвинительного заключения (ч. 2 ст. 265 УПК).

Для своевременного получения копии обвинительного заключения защитник и потерпевший должны заблаговременно принести ходатайство об этом, например, при ознакомлении с материалами оконченного следствия.

В необходимых случаях копия обвинительного заключения вручается с переводом на язык, которым указанные лица достаточно хорошо владеют.

4. Фактическое вручение копий на практике часто возлагается по поручению прокурора на следователя или администрацию места содержания под стражей.

5. Прокурор вправе направить дело в суд без вручения копии обвинительного заключения обвиняемому, если последний уклонился от этого (ч. 4 ст. 222 УПК). Эта норма аналогична неознакомлению обвиняемого с материалами оконченного след-

---

[1] См. постановление Президиума ВС РФ от 13.11.2002 г. № 790п02 // БВС РФ. 2003. № 6.

ствия по ч. 5 ст. 215 УПК, поэтому должна применяться с соблюдением тех же условий (о них см. комм. к ч. 5 ст. 215). В частности, прокурор не вправе направить дело в суд, когда обвиняемый скрылся или по иным причинам его местонахождение не установлено (за исключением случая, предусмотренного ч. 5 ст. 247). В постановлении Пленума ВС РФ № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (п. 15) сказано: «Суду в каждом конкретном случае необходимо выяснять, по каким причинам обвиняемому не вручена копия обвинительного заключения (обвинительного акта), оформлен ли отказ в его получении в письменном виде, подтвержден ли документально факт неявки по вызову и т.п.».

Если обвиняемый уклоняется от получения копии обвинительного заключения, то представляется необходимым направить такую копию его защитнику.

Комм. норма, допуская возможность направления уголовного дела в суд без вручения обвиняемому копии обвинительного заключения в случае, если он уклонился от ее получения, не лишает обвиняемого права при наличии у него соответствующего волеизъявления получить данный документ[1].

ГЛАВА 32. ДОЗНАНИЕ

СТАТЬЯ 223 ПОРЯДОК И СРОКИ ДОЗНАНИЯ

1. Предварительное расследование в форме дознания производится в порядке, установленном главами 21, 22 и 24—29 настоящего Кодекса, с изъятиями, предусмотренными настоящей главой.

2. Дознание производится по уголовным делам, указанным в части третьей статьи 150 настоящего Кодекса, возбуждаемым в отношении конкретных лиц.

3. Дознание производится в течение 20 суток со дня возбуждения уголовного дела. Этот срок может быть продлен прокурором, но не более чем на 10 суток.

1. Дознание — это упрощенная форма предварительного расследования, осуществляемого дознавателем или следователем по делу, по которому производство предварительного следствия не обязательно (п. 8 ст. 5 УПК). Смысл выделения дознания как особой формы расследования состоит в том, чтобы по менее опасным преступлениям подготовка дела к судебному производству была более быстрой.

Основными условиями для производства дознания (основаниями для упрощения формы расследования) являются: а) как правило, небольшая или средняя тяжесть преступления (ч. 3 ст. 150 УПК); б) невысокая сложность расследования, выраженная в наличии конкретного подозрения (дознание производится по «раскрытым» преступлениям — возбужденным в отношении конкретных лиц — ч. 2 ст. 223 УПК).

2. Дознание по УПК РФ претерпело существенные изменения. Оно соединило в себе черты таких институтов УПК РСФСР, как дознания по делам, по которым производство предварительного следствия было необязательным (ст. 120 УПК РСФСР), и протокольной формы досудебной подготовки материалов (ст. 414—416 УПК РСФСР). Дознание по УПК РФ необходимо отличать от производства органами дознания не-

[1] См. Определение КС РФ от 23.06.2005 г. № 264-О.

отложных следственных действий в порядке ст. 157 УПК (см. комм. к ней), которое перестало называться «дознанием».

3. В отличие от предварительного следствия, дознание обладает следующими особенностями, которые можно объединить в три группы: 1) субъекты дознания; 2) основания для производства дознания; 3) средства дознания (сами упрощенные процедуры расследования).

4. Субъектами производства дознания являются только дознаватели тех органов дознания, которые указаны в ч. 3 ст. 151 УПК, а также следователи ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и прокуратуры.

1) Дознаватель обладает меньшей процессуальной самостоятельностью, чем следователь. Дознаватель обязан выполнить указания начальника органа дознания и прокурора, а обжалование этих указаний не приостанавливает их исполнение (ч. 4 ст. 41 УПК).

В качестве дознавателя может выступать не только «штатный» дознаватель, но и иное должностное лицо органа дознания, которому дано соответствующее поручение (обычно в форме организационно-распорядительного документа) начальником органа дознания или его заместителем. Например, таким должностным лицом является участковый уполномоченный милиции (п. 10.1 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утв. приказом МВД РФ от 16.09.2002 г. № 900).

2) Следователь ОВД и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ производит дознание по делу с соответствующей предметной подследственностью (ч. 3 ст. 150; ч. 3 ст. 151 УПК) по указанию прокурора. Прокурор поручает следователю проводить дознание: а) если сам возбуждает дело (п. 1 ст. 149); при даче согласия на возбуждение дела или при определении подследственности поступившего уголовного дела (ч. 3 ст. 146); при передаче дела от одного органа расследования другому (п. 8—9 ч. 2 ст. 37).

Следователь прокуратуры производит дознание в случаях, указанных в п. 7 ч. 3 ст. 151 УПК (см. комм. к ней).

5. Основаниями для производства дознания в соответствии с ч. 2 ст. 223 являются:

1) небольшая общественная опасность преступлений, определяемая с помощью подследственности. Дознание производится только по тем преступлениям, которые указаны в ч. 3 ст. 150 УПК (о предметной подследственности дознания см. комм. к ч. 3 ст. 150; ч. 3 ст. 151).

Исключения из подследственности дознания предусмотрены ч. 1 ст. 434; подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151 УПК;

2) небольшая сложность расследования. Дознание производится по делам, возбуждаемым в отношении конкретных лиц (ч. 2 ст. 223 УПК), т.е. по «раскрытым» преступлениям. При его производстве всегда участвует подозреваемый (который появляется с момента возбуждения дела в его отношении — п. 1 ч. 1 ст. 46). Об основаниях возбуждения дела в отношении конкретного лица см. комм. к ч. 2 ст. 144.

Однако для производства дознания не обязательно, чтобы уголовное дело было изначально возбуждено в отношении определенного лица. Необходимо другое — чтобы конкретный подозреваемый был «доступен». Так, уголовное дело может быть воз-

буждено «по факту», но в результате производства неотложных следственных действий будет установлено лицо, совершившее преступление (подозреваемый задержан в порядке ст. 91—92 УПК или в его отношении применена мера пресечения). Тогда начальник органа дознания поручает своему сотруднику производство дознания в порядке ч. 1 ст. 41 УПК (описанная ситуация прямо предусмотрена п. 3 ст. 149).

В то же время если по «нераскрытому» делу начато производство предварительного следствия, то передача его дознавателю уже невозможна (п. 8—9 ч. 2 ст. 37 УПК).

6. Средства дознания обладают следующими особенностями:

1) сокращенные сроки. Дознание должно быть закончено в срок до 20 суток. Этот срок может быть один раз продлен прокурором еще до 10 суток. В то же время следует учесть, что к этому 30-суточному сроку прокурор может добавить еще 3 суток при возвращении уголовного дела для пересоставления обвинительного акта и 10 суток — для дополнительного дознания (п. 2 ч. 1 ст. 226 УПК). Дальнейшее продление сроков дознания не предусмотрено.

Срок дознания исчисляется со дня возбуждения уголовного дела (при этом в соответствии со ст. 128 текущие сутки учитываются). Из этого правила следует, что все время производства неотложных следственных действий органом дознания в порядке ст. 157 включается в срок дознания.

Заканчивается срок дознания составлением обвинительного акта, т.е. время ознакомления потерпевшего, обвиняемого и его защитника *не входит* в срок дознания (в отличие от следствия). Этот вывод следует из буквального толкования ч. 1 ст. 225 УПК («По окончании дознания…») и ч. 3 ст. 223 УПК в ред. ФЗ от 29.05.2002 г. № 58-ФЗ (в прежней редакции срок дознания исчислялся до дня принятия решения о направлении дела прокурору).

Однако между составлением обвинительного акта и моментом предъявления дела для ознакомления сторонам может пройти какое-то время, которое остается неопределенным. В связи с этим срок дознания целесообразно исчислять до дня начала ознакомления с материалами дознания;

2) при производстве дознания, как правило, отсутствует: а) процедура привлечения в качестве обвиняемого; б) сам обвиняемый (он обычно появляется в конце дознания — после вынесения обвинительного акта в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 47, ст. 225 УПК); в) не применяются самые строгие меры пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста (об этом см. комм. к ст. 224);

3) особый, упрощенный порядок окончания дознания с обвинительным актом (об этом см. комм. к ст. 225—226);

4) из всех вышеуказанных специальных упрощенных средств дознания вытекают дополнительные особенности применения норм, содержащихся в гл. 21—22, 24—29 УПК.

Дознание производится тогда, когда его упрощенными средствами за сокращенный срок возможно полно и объективно подготовить дело к судебному производству, выполнив все задачи стадии предварительного расследования (о них см. комм. к ст. 150). При возникновении серьезных препятствий для движения дела, при необходимости производства большого объема процессуальных действий продолжение дознания становится практически невозможным. Отсюда следует, что дознание:

а) нецелесообразно проводить по многоэпизодным и групповым делам (соединение дел при дознании ограничено — ст. 153);

б) не производится при необходимости выполнения следственных или розыскных действий в другом районе (не применяются отдельные положения ч. 1 ст. 152);

в) порядок продления срока дознания определяется по аналогии с ч. 7—8 ст. 162;

г) не производится «дознавательской группой» (не применяются положения ст. 163);

д) обычно не осуществляются наложение ареста на почтово-телеграфные отправления (ст. 185) и контроль и запись переговоров (ст. 186). Эти следственные действия по своей продолжительности рассчитаны на несколько месяцев, а небольшой срок дознания в большинстве случаев делает их малоэффективными;

е) не производятся длительные экспертизы. Подозреваемый в т.ч. не помещается в медицинский стационар для производства судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы (ст. 203), которая длится 30 суток;

ж) не приостанавливается по п. 1 ч. 1 ст. 208 (в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого);

з) нецелесообразно проводить по делам, имеющим особое общественное значение, например, получившим широкий резонанс в СМИ.

СТАТЬЯ 224
ОСОБЕННОСТИ ИЗБРАНИЯ В КАЧЕСТВЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

1. В отношении лица, подозреваемого в совершении преступления, дознаватель вправе возбудить перед судом с согласия прокурора ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в порядке, установленном статьей 108 настоящего Кодекса.

2. Если в отношении подозреваемого была избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, то обвинительный акт составляется не позднее 10 суток со дня заключения подозреваемого под стражу.

3. При невозможности составить обвинительный акт в срок, предусмотренный частью второй настоящей статьи, подозреваемому предъявляется обвинение в порядке, установленном главой 23 настоящего Кодекса, либо данная мера пресечения отменяется.

1. Название комм. статьи не полно отражает ее содержание. Оно предусматривает не только особенности избрания и применения меры пресечения в виде заключения под стражу при производстве дознания, но и использование дознавателем процедуры привлечения лица в качестве обвиняемого.

Правила комм. статьи распространяются и на избрание и применение домашнего ареста в качестве меры пресечения (ст. 107 УПК).

2. На наш взгляд, при производстве дознания мера пресечения в виде заключения под стражу (и домашний арест), как правило, применяться не должна. Исключительность применения данной меры пресечения во время проведения дознания связана с основаниями для его производства (небольшая опасность преступления и «доступность» подозреваемого — об этом см. комм. к ст. 223). Заключение под стражу, напро-

тив, применяется по опасным преступлениям и при высокой степени вероятности сокрытия подозреваемого, его противодействия расследованию (см. комм. к ст. 108). Поэтому обычно, когда возникает необходимость заключения под стражу, одновременно возникают и основания для передачи дела для производства предварительного следствия.

При дознании избирается мера пресечения в виде заключения под стражу в тех ситуациях, когда при наличии оснований для ее избрания за короткий срок дознания возможно завершить объективное и полное расследование («очевидность» преступления, наличие большого количества доказательств).

3. При применении норм ст. 224 необходимо учитывать общие положения о мерах пресечения (гл. 13 УПК).

4. Основания и порядок избрания применения меры пресечения в виде заключения под стражу регулируются ст. 100, 108 УПК (см. комм. к ним).

5. Часть 2 комм. статьи устанавливает сокращенный срок дознания. При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу обвинительный акт должен быть составлен (подписан дознавателем или следователем, но не обязательно утвержден) в течение 10 суток с момента *фактического задержания* подозреваемого. О моменте фактического задержания см. п. 15 ст. 5 и комм. к ст. 92.

Эта норма конкретизирует содержание ст. 100 УПК, регламентирующей применение меры пресечения в отношении подозреваемого.

6. Закон оставляет неясным вопрос, действуют ли положения ст. 100 при производстве дознания, когда избираются меры пресечения, не связанные с заключением под стражу. По этому вопросу возможны две взаимоисключающие позиции:

1) с одной стороны, в комм. статье ничего не сказано о других мерах пресечения. Это дает основания полагать, что при их применении используется общий порядок (ст. 100 УПК). Статья 100 как общая норма Кодекса сохраняет силу и для дознания. Кроме того, нормы указанной статьи более благоприятны для подозреваемого, чем содержание ст. 224 (в части иных мер пресечения), что позволяет толковать сомнения в пользу подозреваемого. В таком случае если дознаватель или следователь избирает подписку о невыезде, личное поручительство, залог, присмотр за несовершеннолетним, наблюдение командования воинской части, то он обязан в течение 10 суток либо составить обвинительный акт, либо вынести постановление о привлечении в качестве обвиняемого (по правилам ч. 3 ст. 224);

2) с другой стороны, применение при дознании положений ст. 100 сводит на нет смысл упрощенного производства. Дознаватель будет вынужден предъявлять обвинение почти по каждому делу, если он избирает меру пресечения. В связи с этим содержание ст. 224 в части не указанных в ней мер пресечения можно признать специальной нормой по отношению к общей — ст. 100. Тогда срок действия мер пресечения, не связанных с заключением под стражу, не будет ограничен 10 сутками. Для полноценного применения второй позиции в ст. 224 целесообразно внести соответствующие изменения.

7. При невозможности составить обвинительный акт в течение 10 суток с момента применения меры пресечения в виде заключения под стражу она либо отменяется (см. комм. к ст. 110), либо выносится постановление о привлечении в качестве обвиняемого и предъявляется обвинение в порядке ст. 171—174 УПК. Об особенностях срока действия меры пресечения в отношении подозреваемого см. комм. к ст. 100.

8. Остается неопределенность в вопросе о том, вправе ли дознаватель (следователь) привлекать лицо в качестве обвиняемого в порядке, предусмотренном гл. 23 УПК, при производстве дознания или дело должно быть передано для производства предварительного следствия. С одной стороны, ч. 1 ст. 223 не содержит ссылки на гл. 23 УПК, а ч. 3 ст. 224 умалчивает о том, кто именно предъявляет обвинение. С другой стороны, систематическое толкование позволяет однозначно заключить, что такое право у дознавателя (следователя) имеется.

Статья 224 размещена в главе «Дознание», а дознание осуществляется дознавателем или следователем (п. 8 ст. 5 УПК). Статья 223 УПК ссылается на «настоящую главу», т.е. и на ст. 224, которая, в свою очередь, отводит нас к гл. 23. И наконец, официальный бланк постановления о привлечении в качестве обвиняемого (приложение 92 к ст. 476 УПК) прямо предусматривает право дознавателя на его заполнение.

В то же время дознаватель (следователь) вправе ходатайствовать перед прокурором о передаче данного дела для производства предварительного следствия.

СТАТЬЯ 225
ОБВИНИТЕЛЬНЫЙ АКТ

1. По окончании дознания дознаватель составляет обвинительный акт, в котором указываются:

1) дата и место его составления;

2) должность, фамилия, инициалы лица, его составившего;

3) данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности;

4) место и время совершения преступления, его способы, мотивы, цели, последствия и другие обстоятельства, имеющие значение для данного уголовного дела;

5) формулировка обвинения с указанием пункта, части, статьи Уголовного кодекса Российской Федерации;

6) перечень доказательств, подтверждающих обвинение, и перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты;

7) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;

8) данные о потерпевшем, характере и размере причиненного ему вреда;

9) список лиц, подлежащих вызову в суд.

2. Обвиняемый, его защитник должны быть ознакомлены с обвинительным актом и материалами уголовного дела, о чем делается отметка в протоколе ознакомления с материалами уголовного дела.

3. Потерпевшему или его представителю по его ходатайству могут быть предоставлены для ознакомления обвинительный акт и материалы уголовного дела в том же порядке, который установлен частью второй настоящей статьи для обвиняемого и его защитника.

4. Обвинительный акт, составленный дознавателем, утверждается начальником органа дознания. Материалы уголовного дела вместе с обвинительным актом направляются прокурору.

1. Обвинительный акт — это процессуальный документ, оформляющий итоговое для дознания решение, в котором описаны его ход и результаты и сформулировано обвинение, подлежащее рассмотрению в суде.

Обвинительный акт аналогичен обвинительному заключению (см. комм. к ст. 220), однако в отличие от него имеет более простое содержание, представляет одновременно и первоначальное, и окончательное обвинение (за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 ст. 224 УПК).

2. О содержании и значении обвинительного акта (обвинения) см. комм. к ст. 171, 220.

Бланк обвинительного акта предусмотрен приложением 163 к ст. 476 УПК.

3. Кроме обвинительного акта дознание может закончиться: а) постановлением о прекращении уголовного дела (см. об этом комм. к ст. 212—214); б) направлением дела прокурору для передачи его по подследственности для производства предварительного следствия (ч. 3 ст. 146, ч. 5 ст. 152).

4. Процессуальный порядок окончания дознания с обвинительным актом отличатся от окончания предварительного следствия с обвинительным заключением, включая в себя следующие этапы:

1) систематизация материалов уголовного дела (приведение их в «прошитый и пронумерованный» вид);

2) составление обвинительного акта;

3) ознакомление сторон с обвинительным актом и материалами дела;

4) утверждение обвинительного акта, составленного дознавателем, начальником органа дознания и направление дела прокурору;

5) деятельность и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным актом (ст. 226 УПК).

5. Обвинительный акт составляется по окончании дознания, т.е. срок дознания, установленный ч. 3 ст. 223 УПК, истекает в день подписания обвинительного акта дознавателем или следователем. Однако между днем подписания обвинительного акта и днем предъявления дела для ознакомления сторонам, по буквальному толкованию УПК, может пройти неопределенное время. Это противоречит смыслу ускоренного производства (каким является дознание) и праву быть судимым без неоправданной задержки. Таким образом, дознаватель (следователь) обязаны немедленно (в тот же день) после подписания обвинительного акта предъявить материалы дознания для ознакомления или уведомить стороны об окончании дознания. Практически, данное правило означает, что срок дознания истекает в момент начала ознакомления (уведомления) сторон с материалами дела, указанный в соответствующем протоколе.

6. В отличие от обвинительного заключения обвинительный акт вступает в силу уже после подписания его дознавателем или следователем. Если после составления обвинительного заключения следователь был обязан прекратить производство процессуальных действий и немедленно направить дело прокурору, то составление обвинительного акта предшествует процессуальным действиям по окончании дознания.

Подписание обвинительного акта дознавателем (следователем) еще до его утверждения начальником органа дознания и прокурором влечет:

а) появление в деле обвиняемого в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 47 УПК. Такой вывод следует из анализа содержания ст. 225. Часть 2 ст. 225 гласит: «*Обвиняемый* …

должен быть ознакомлен с обвинительным актом». Редакция ч. 4 ст. 225 подчеркивает, что обвинительный акт, «*составленный дознавателем*, утверждается начальником органа дознания». В прежней редакции обвинительный акт просто утверждался. Наконец, начальник органа дознания не может утвердить обвинительный акт до ознакомления с ним сторон по той причине, что в нем необходимо указать перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты (п. 6 ч. 1 ст. 225). Этот перечень формируется на основе ходатайств защиты, заявляемых *в момент или после* ознакомления с делом. Права сторон не нарушаются и тем обстоятельством, что обвинительный акт может быть изменен, т.к. его копия со всеми изменениями будет вручена им (ч. 3 ст. 226 УПК);

б) обязанность дознавателя (следователя) ознакомить с ним заинтересованных лиц.

7. Комм. статья не устанавливает какого-либо порядка ознакомления сторон с делом. При применении норм ч. 2 и 3 комм. статьи достойны внимания следующие обстоятельства:

1) необходимость использования по аналогии норм ст. 216—217 УПК, регламентирующих аналогичную процедуру для следствия. Об ознакомлении составляется протокол, бланк которого предусмотрен приложением 164 к ст. 476 УПК;

2) обвиняемому следует по аналогии со ст. 217 УПК разъяснять его право ходатайствовать об упрощенном порядке судебного разбирательства в соответствии с гл. 40 УПК[1] (см. комм. к ст. 315);

3) дознаватель (следователь) вправе в любой последовательности знакомить с делом сторону защиты и сторону обвинения (потерпевшего). В то же время целесообразно первым знакомить потерпевшего. При наличии двух томов (папок) в деле ознакомление может быть одновременным (но не совместным);

4) перечень лиц, имеющих право на ознакомление с материалами дознания, нуждается в расширительном толковании.

Согласно официальному толкованию Конституции РФ, обеспечение участникам уголовного судопроизводства возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение по поводу материалов, представленных другими участниками процесса, является непременной составляющей конституционных прав граждан на судебную защиту и на доступ к правосудию. Лишение кого-либо из участников процесса такого рода возможностей, даже при упрощенном производстве, противоречит ст. 46 и 52 Конституции РФ[2].

В связи с этим право на ознакомление с материалами оконченного дознания по их ходатайству имеют стороны (в т.ч. гражданский ответчик, его представители). Это

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.04.2004 г. № 152-О.

[2] См. Определение КС РФ от 15.12.2000 г. по запросу Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы о проверке конституционности части второй статьи 53 и п. 1 ч. 2 ст. 120 УПК РСФСР // Вестник КС РФ. 2001. № 2.

Соответствующая правовая позиция сформулирована КС РФ в ряде сохраняющих свою силу постановлений от 13.11.95 г. № 13-П по делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 209 УПК РСФСР, от 29.04.98 г. № 13-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 113 УПК РСФСР, от 23.03.99 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР, от 14.02.2000 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений ч. 3, 4 и 5 ст. 377 УПК РСФСР.

дополнительно подтверждается содержанием норм общей части УПК (п. 9 ч. 2 ст. 54).

Права потерпевшего не могут быть ограничены тем, что у него есть представитель, поэтому союз «или», используемый в ч. 3 ст. 225, необходимо толковать в значении союза «и»;

5) ходатайства потерпевшего, гражданского ответчика и их представителей целесообразно получать заблаговременно (ввиду коротких сроков дознания);

6) время ознакомления сторон с материалами оконченного дознания не ограничено УПК. Исключение составляет содержащийся под стражей обвиняемый, на которого распространяется действие ст. 109.

Если обвиняемый явно затягивает ознакомление с делом или представители сторон не являются по неуважительны причинам, представляется возможным использовать процедуры, предусмотренные ч. 3—5 ст. 215 и ч. 3 ст. 217 УПК (см. комм. к ним);

7) стороны вправе заявить ходатайства о дополнении материалов дознания. Однако неопределенным остается вопрос, вправе ли дознаватель проводить следственные действия по ходатайству сторон после того, как обвинительный акт составлен? Представляется, что если не течет срок дознания, то и невозможно производство следственных действий. Иное решение вместо упрощенной и сокращенной формы расследования превратило бы дознание в подобие следствия.

Таким образом, ходатайства сторон о дополнении материалов дознания адресуются и разрешаются прокурором или судом. Прокурор, принимая по ним решение, вправе направить уголовное дело для производства дополнительного дознания или предварительного следствия (п. 4 ч. 1 ст. 226 УПК);

8) с учетом ходатайств сторон дознаватель (следователь) вправе изменить обвинительный акт как при ознакомлении сторон с делом, так и непосредственно после ознакомления. В частности, по ходатайству сторон могут быть изменены списки свидетелей.

Обвинительный акт может быть изменен и с точки зрения обвинения. При этом положение обвиняемого не может быть ухудшено (об этом см. комм. к ст. 175, 220).

8. После ознакомления сторон с обвинительным актом и материалами дознания обвинительный акт утверждается начальником органа дознания и вместе с материалами дела немедленно направляется прокурору.

Если дознание производилось следователем, то обвинительный акт вместе с делом сразу направляется прокурору (без согласования с начальником органа дознания или начальником следственного отдела).

9. Комм. статья оставляет неопределенность в вопросе о том, вправе ли начальник органа дознания не утвердить обвинительный акт (например, если он составлен с нарушением требований ст. 225) и каковы последствия этого.

Представляется, что по смыслу закона начальник органа дознания вправе потребовать пересоставления обвинительного акта, внесения в него изменений. Он вправе дать иные указания дознавателю (о прекращении дела, например, — ч. 4 ст. 41 УПК). Однако он не вправе вернуть дело на дополнительное дознание, при такой необходимости следует обратиться к прокурору с соответствующим ходатайством.

10. Согласно ст. 4 ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» органу дознания предписывается в двухнедельный срок сообщать в военный комиссариат о на-

правлении уголовных дел в суд в отношении граждан, состоящих или обязанных состоять на воинском учете.

СТАТЬЯ 226
РЕШЕНИЕ ПРОКУРОРА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ, ПОСТУПИВШЕМУ С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ АКТОМ

1. Прокурор рассматривает уголовное дело, поступившее с обвинительным актом, и в течение 2 суток принимает по нему одно из следующих решений:

1) об утверждении обвинительного акта и о направлении уголовного дела в суд;

2) о возвращении уголовного дела для производства дополнительного дознания либо пересоставления обвинительного акта в случае его несоответствия требованиям статьи 225 настоящего Кодекса со своими письменными указаниями. При этом прокурор может продлить срок дознания, но не более чем на 10 суток для производства дополнительного дознания и не более чем на 3 суток для пересоставления обвинительного акта;

3) о прекращении уголовного дела по основаниям, предусмотренным статьями 24—28 настоящего Кодекса;

4) о направлении уголовного дела для производства предварительного следствия.

2. При утверждении обвинительного акта прокурор вправе своим постановлением исключить из него отдельные пункты обвинения либо переквалифицировать обвинение на менее тяжкое.

3. Копия обвинительного акта с приложениями вручается обвиняемому, его защитнику и потерпевшему в порядке, установленном статьей 222 настоящего Кодекса.

1. Деятельность и решения прокурора по делу, поступившему к нему с обвинительным актом, такие же, как и по делу, поступившему с обвинительным заключением. О содержании данного заключительного этапа досудебного производства см. комм. к ст. 221.

2. В отличие от рассмотрения дела с обвинительным заключением, комм. статья предусматривает следующие особенности:

1) срок данного этапа ограничен 2 сутками;

2) прокурор может вернуть дело:

а) для дополнительного дознания, продлив срок дознания не более чем на 10 суток. Отметим, что срок дополнительного дознания *продлевается*, а срок дополнительного следствия *устанавливается* (ч. 6 ст. 162 УПК). Это означает, что в срок дополнительного дознания могут быть включены неиспользованные ранее дни из основного срока;

б) для пересоставления обвинительного акта, продлив срок дознания не более чем на 3 суток. При этом прокурор вправе сам составить обвинительный акт или изменить его в соответствии с ч. 2 ст. 226 УПК;

в) для производства предварительного следствия, если упрощенными средствами дознания за сокращенные сроки невозможно полно подготовить дело к судебному производству. Об этом см. комм. к ч. 4 ст. 150; п. 3 ч. 1 ст. 221.

3. Часть 3 комм. статьи не должна ограничивать право сторон на получение копии обвинительного акта. За свой счет они это имеют право сделать. Однако кроме указанных в данной норме лиц, правом бесплатного получения копии обвинительного акта наделен гражданский истец. Пункт 13 ч. 4 ст. 44 УПК дает ему право «получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному им гражданскому иску», к таковым, безусловно, относится обвинительный акт.

О порядке вручения обвинительного акта см. комм. к ст. 222.

Часть третья

СУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

РАЗДЕЛ IX. ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

ГЛАВА 33. ОБЩИЙ ПОРЯДОК ПОДГОТОВКИ К СУДЕБНОМУ ЗАСЕДАНИЮ

СТАТЬЯ 227
ПОЛНОМОЧИЯ СУДЬИ ПО ПОСТУПИВШЕМУ В СУД УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. По поступившему уголовному делу судья принимает одно из следующих решений:

1) о направлении уголовного дела по подсудности;

2) о назначении предварительного слушания;

3) о назначении судебного заседания.

2. Решение судьи оформляется постановлением, в котором указываются:

1) дата и место вынесения постановления;

2) наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление;

3) основания принятого решения.

3. Решение принимается в срок не позднее 30 суток со дня поступления уголовного дела в суд. В случае, если в суд поступает уголовное дело в отношении обвиняемого, содержащегося под стражей, судья принимает решение в срок не позднее 14 суток со дня поступления уголовного дела в суд. По просьбе стороны суд вправе предоставить ей возможность для дополнительного ознакомления с материалами уголовного дела.

4. Копия постановления судьи направляется обвиняемому, потерпевшему и прокурору.

1. Стадия *подготовки к судебному заседанию* в новом Кодексе заменила собой стадию предания суду (полномочия судьи до судебного разбирательства дела), о которой говорилось в УПК РСФСР (ст. 109, 127, 254, 314, 374). Главная цель, которую преследовала стадия предания суду, состояла в определении судьей *достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном заседании.* По смыслу комм. статьи такая задача перед судом теперь не стоит. Вопрос о достаточности доказательств может здесь рассматриваться судьей в форме предварительного слушания лишь по вопросу о наличии оснований для приостановления или прекращения уголовного дела (ст. 238, 239 УПК РФ). Таким образом, вопрос о достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном разбирательстве решает прокурор, направляя дело в суд в порядке ст. 222, п. 1 ч. 1 ст. 226. Это позволяет говорить о переходе российского уголовного судопроизводства в основном к т.н. *обвинительной* модели предания суду, когда данный вопрос относится к компетенции обвинителя и решается им при окончании стадии предварительного расследования, еще до поступления дела в суд. Вместе с тем все же нельзя утверждать, что решение прокурора о направлении уголовного дела в суд окончательно предрешает вопрос о рассмотрении данного дела в стадии судебного разбирательства, поскольку судья в данной стадии вправе направить дело по подсудности, возвратить дело прокурору при обнаружении нарушений

требований закона, связанных с обвинительным заключением; приостановить, а по ряду оснований даже прекратить производство по делу (ст. 236), непосредственно влияя таким *негативным* образом на решение вопроса о предании обвиняемого суду. Поэтому будет, на наш взгляд, правильным сказать, что нынешняя форма предания суду в российском уголовном процессе имеет комплексный (межстадийный) и смешанный характер, включая в себя элементы обвинительной и *судебно-ревизионной* форм.

2. Стадия подготовки к судебному заседанию имеет две формы: а) общий порядок подготовки к судебному заседанию (гл. 33) и б) предварительное слушание (гл. 34).

Задачи подготовки к судебному заседанию *в общем порядке* можно разделить на следующие виды:

контрольно-ревизионные — проверка соблюдения прокурором сугубо *процессуальных условий*, при которых данное дело может слушаться в судебном разбирательстве: подсудно ли уголовное дело данному суду, вручены ли копии обвинительного заключения или обвинительного акта, в соответствии с требованиями ст. 222 и 226, обвиняемому, защитнику, потерпевшему (п. 1, 2 ст. 228);

правообеспечительные — подлежит ли отмене или изменению избранная мера пресечения, подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы, приняты ли меры по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества (п. 3—5 ст. 228);

распорядительные — решение вопроса о том, имеются ли предусмотренные ч. 2 ст. 229 основания для проведения предварительного слушания, а также вопросов, связанных с назначением судебного разбирательства, которые перечислены в ч. 2 ст. 231.

3. Основанием для принятия судьей решения о назначении судебного заседания в общем порядке является соблюдение названных выше *процессуальных условий* (подсудно ли уголовное дело данному суду, вручены ли копии обвинительного заключения или обвинительного акта), при которых дело может слушаться в судебном разбирательстве, а также отсутствие оснований для проведения предварительного слушания. Таким образом, основания для назначения судьей судебного заседания являются формальными, а не содержательными, и сфера судебного контроля за качеством предварительного расследования сведена к минимуму, ограничиваясь проверкой правильности составления обвинительного заключения (акта) и вручения их копий. В этой связи следует заметить, что состязательный принцип построения уголовного процесса вовсе не предполагает обязательного лишения суда права контролировать *достаточность* доказательств для рассмотрения дела в судебном разбирательстве, поскольку отсутствие или явный недостаток доказательств, представленных стороной обвинения, фактически делает беспредметным само судебное *состязание*. Поэтому в некоторых мировых системах судопроизводства (например, английской или американской) судебная инстанция наделена правом прекращать уголовное дело в стадии, где решается вопрос о предании суду, ввиду того, что «обвинение не стоит ответа», т.е. когда сторона обвинения не представила доказательств виновности обвиняемого, убедительных хотя бы на первый взгляд (*prima facie evidence*). Это снижает вероятность направления стороной обвинения дел в суд при явной недостаточности доказательств виновности обвиняемого, а значит, и возможность напрасной судебной волокиты и нарушения прав граждан.

4. В комм. статье говорится о вопросах, разрешаемых судьей по делу, которое поступило к этому судье, а не в суд. При поступлении дела в суд оно регистрируется

в канцелярии суда, после чего распределяется между судьями председателем суда. Как и прежнее уголовно-процессуальное законодательство, УПК РФ не устанавливает правила, регламентирующие распределение поступивших в суд уголовных дел среди судей. На практике председателями судов используются для этого различные критерии: специализация судей, когда она установлена в данном суде, опыт судьи, его стаж работы, загруженность судей другими делами, производительность судей, очередность ухода судей в отпуск, болезнь судей и т.д. Вместе с тем отсутствие нормативно-правовой регламентации порядка распределения дел в суде создает почву для воздействия на судей со стороны председательствующего в нарушение принципа независимости судей, а нередко и для злоупотреблений.

В Рекомендациях Комитета министров государств — членов Совета Европы «О независимости, эффективности и роли судей» указано, что «на распределение дел не должны влиять желания любой из сторон в деле или любые лица, заинтересованные в исходе данного дела. Такое распределение может, например, проводиться с помощью жеребьевки или системы автоматического распределения в алфавитном порядке или каким-либо аналогичным образом… Дело не может быть отозвано у того или иного судьи без веских оснований, каковыми являются, например, серьезная болезнь или конфликт интересов. Такие основания и процедуры отзыва должны предусматриваться законом и не зависеть от интересов правительства или администрации» (п. «e», «f» разд. «Общие принципы независимости судей»). Следует заметить, что справедливая и объективная процедура распределения дел между судьями имеет не меньшее (а иногда даже большее) значение для целей отправления правосудия, чем другие гарантии независимости судей, поэтому пробел в законодательном регулировании данного вопроса особенно чувствителен.

5. УПК РФ не дает ответа на вопрос, какой судья принимает указанные в комм. статье решения — тот, который в дальнейшем будет рассматривать данное уголовное дело, или другой. На практике указанные решения принимают судьи, которые затем рассматривают это же самое дело. С одной стороны, такой подход дает судье возможность заранее изучить материалы дела, однако с другой — чреват формированием у него предустановленного мнения по делу, основанного на беглом ознакомлении с представленными письменными материалами, которое не всегда может быть достаточно объективным. Вот что писал по этому поводу известный российский правовед И.Я. Фойницкий: «Если судом предварительно решается вопрос о том, может ли данное лицо быть предано суду, этим уже в некоторой степени предрешается вопрос о виновности; так что обвиняемый является перед судом, долженствующим рассматривать дело по существу, уже с печатью подозрения»[1]. Этот недостаток в определенной мере предупреждается тем, что, как было отмечено выше, судья по УПК РФ более не принимает в данной стадии решения по вопросу о достаточности доказательств для назначения судебного заседания.

6. По просьбе стороны суд *вправе* предоставить ей возможность для дополнительного ознакомления с материалами уголовного дела. Хотя стороны и имели возможность ознакомиться с материалами дела в ходе предварительного расследования и при его окончании, следует иметь в виду, что это правило распространяется только на предварительное следствие, причем для гражданского истца, гражданского ответ-

[1] *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб. : Альфа, 1996. Т. II. С. 405.

чика и их представителей — не в полном объеме, а только в той части материалов дела, которая относится к гражданскому иску (ч. 1 ст. 216). Что же касается дознания, то по буквальному толкованию закона гражданский истец, гражданский ответчик и их представители при окончании расследования не знакомятся с материалами дела — это право предоставлено лишь обвиняемому, его защитнику, потерпевшему и его представителю (ч. 2—3 ст. 225). Поэтому гражданский истец, гражданский ответчик и их представители впервые могут получить возможность ознакомиться со всеми материалами *в полном объеме* лишь после его поступления в суд. Кроме того, в уголовном деле, уже после его поступления в суд, могут произойти определенные изменения, ранее не известные сторонам: например, отменена или изменена судьей избранная на предварительном расследовании мера пресечения, удовлетворены ходатайства и жалобы участников судопроизводства, назначен защитник, приняты решения о единоличном или коллегиальном рассмотрении уголовного дела; о рассмотрении его в закрытом судебном заседании, что делает для сторон желательным ознакомиться с материалами дела заблаговременно, до начала судебного заседания.

7. Судья не может принять решение о назначении судебного заседания ранее чем по окончании 3 суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта. Этот срок установлен для обеспечения права обвиняемого заявить ходатайство о проведении предварительного слушания (ч. 3 ст. 229).

8. Решения, указанные в ч. 1 комм. статьи, принятые в общем порядке подготовки к судебному заседанию, могут быть обжалованы сторонами в апелляционном (для решений мировых судей), кассационном и надзорном порядке. Однако согласно ч. 7 ст. 236 судебное решение, принятое по результатам *предварительного слушания*, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и (или) о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения.

СТАТЬЯ 228
ВОПРОСЫ, ПОДЛЕЖАЩИЕ ВЫЯСНЕНИЮ ПО ПОСТУПИВШЕМУ В СУД УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

По поступившему уголовному делу судья должен выяснить в отношении каждого из обвиняемых следующее:

1) подсудно ли уголовное дело данному суду;

2) вручены ли копии обвинительного заключения или обвинительного акта;

3) подлежит ли отмене или изменению избранная мера пресечения;

4) подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы;

5) приняты ли меры по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества;

6) имеются ли основания проведения предварительного слушания, предусмотренные частью второй статьи 229 настоящего Кодекса.

1. При поступлении к судье уголовного дела он прежде всего определяет, подсудно ли дело данному суду. О правилах определения и передачи дела по подсудности см. комм. к ст. 31—36.

2. В случае если в материалах дела отсутствуют данные о том, что копии обвинительного заключения или обвинительного акта не были вручены обвиняемому, судья

принимает решение о проведении предварительного слушания (п. 2 ч. 2 ст. 229, п. 2 ч. 1 ст. 237).

3. Судья выясняет вопрос, подлежит ли отмене или изменению мера пресечения, избранная обвиняемому на предварительном расследовании. Решение о заключении обвиняемого под стражу или о продлении срока содержания под стражей, принятое на стадии предварительного расследования, может сохранять свою силу после окончания дознания или предварительного следствия и направления уголовного дела в суд только в течение срока, на который данная мера пресечения была установлена[1]. Однако судья вправе отменить или изменить меру пресечения, примененную в ходе предварительного следствия не только следователем, дознавателем или прокурором, но и избранную по его же собственному решению либо по решению другого судьи.

Решение судьи относительно меры пресечения может быть обжаловано сторонами в апелляционном (только для решений мировых судей, принятых в порядке ст. 320), кассационном и надзорном порядке.

4. УПК РФ не содержит предписания о том, что ходатайства о вызове дополнительных свидетелей и истребовании других доказательств подлежат обязательному удовлетворению, которая была предусмотрена для аналогичной стадии в УПК РСФСР (ч. 3 ст. 223). До известной степени это компенсируется обязанностью суда в судебном разбирательстве удовлетворить ходатайства о допросе лиц, явившихся в суд по инициативе той или иной стороны (ч. 4 ст. 271). Таким образом, при отказе судьи в удовлетворении ходатайства о вызове в судебное заседание лица для допроса, об истребовании предметов и документов стороны вынуждены будут сами решать задачу обеспечения явки в судебное заседание свидетелей или специалистов, получения для дальнейшего представления в судебном разбирательстве необходимых документов и т.д. Представляется, что ходатайство сторон об истребовании дополнительных доказательств, вызове свидетелей и др. при общем порядке подготовки к судебному заседанию подлежат рассмотрению по правилам, установленным в ч. 6—7 ст. 234 (см. комм. к этой статье).

5. В пункте 4 комм. статьи говорится также о рассмотрении судьей поданных жалоб. Представляется, что рассмотрение судьей жалоб на решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора должно осуществляться по аналогии с процедурой, установленной ст. 125, ибо по общему смыслу закона гарантии прав личности в судебных стадиях процесса не должны быть меньшими, чем на предварительном расследовании. В случае, когда возможная отмена обжалуемого решения или действия может повлечь исключение полученного доказательства как недопустимого, либо иные последствия, названные в п. 1—3 ч. 2 ст. 229, рассмотрение жалобы приобретает форму предварительного слушания и проводится в порядке, установленном гл. 34.

6. О принятии судьей мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества см. комм. к ст. 115, 230.

7. Об основаниях проведения предварительного слушания см. комм. к ст. 229.

---

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан // РГ. 01.04.2005.

СТАТЬЯ 229
ОСНОВАНИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛУШАНИЯ

1. Суд по ходатайству стороны или по собственной инициативе при наличии оснований, предусмотренных частью второй настоящей статьи, проводит предварительное слушание в порядке, установленном главой 34 настоящего Кодекса.

2. Предварительное слушание проводится:

1) при наличии ходатайства стороны об исключении доказательства, заявленного в соответствии с частью третьей настоящей статьи;

2) при наличии основания для возвращения уголовного дела прокурору в случаях, предусмотренных статьей 237 настоящего Кодекса;

3) при наличии основания для приостановления или прекращения уголовного дела;

4) *утратил силу — ФЗ от 04.07.2003 № 92-ФЗ*;

4.1) при наличии ходатайства стороны о проведении судебного разбирательства в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса *(п. 4.1 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

5) для решения вопроса о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей.

3. Ходатайство о проведении предварительного слушания может быть заявлено стороной после ознакомления с материалами уголовного дела либо после направления уголовного дела с обвинительным заключением или обвинительным актом в суд в течение 3 суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта.

1. О понятии и процессуальном порядке проведения предварительного слушания см. комм. к гл. 34.

2. Предварительное слушание проводится по ходатайству сторон или по собственной инициативе судьи при наличии оснований, указанных в ч. 2 комм. статьи. Ходатайство стороны об исключении доказательств может быть заявлено после ознакомления с материалами уголовного дела либо после направления уголовного дела с обвинительным заключением или обвинительным актом в суд в течение 3 суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта. Основанием для такого ходатайства является недопустимость полученного доказательства (см. об этом комм. к ст. 75 и 88). Признание доказательства недопустимым, а значит, и назначение предварительного слушания по данному основанию может иметь место как по ходатайству стороны, так, по нашему мнению, и по инициативе самого судьи.

3. Конституционный Суд РФ ввел фактически еще одно основание для обязательного предварительного слушания. Это необходимость решения судьей вопроса о мере пресечения обвиняемого, находящегося под стражей по уголовному делу, поступившему в суд. (см. комм. к ст. 231).

4. Об основаниях для возвращения уголовного дела прокурору см. комм. к ст. 237.

5. Суд не вправе принять решение о прекращении дела без проведения предварительного слушания по любому из предусмотренных законом оснований, даже при его

полной «очевидности», например в связи с истечением срока давности[1]. Об основаниях для приостановления или прекращения уголовного дела см. комм. к ст. 238, 239.

6. Об основаниях для рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей см. комм. к ст. 217, 325.

7. Ходатайство о проведении предварительного слушания, заявленное стороной после ознакомления с материалами уголовного дела, фиксируется в протоколе ознакомления с материалами уголовного дела (ст. 218). При этом следователь обязан разъяснить обвиняемому, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям право ходатайствовать о проведении предварительных слушаний и основаниях, предусмотренных ст. 229.

СТАТЬЯ 230
МЕРЫ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ГРАЖДАНСКОГО ИСКА И ВОЗМОЖНОЙ КОНФИСКАЦИИ ИМУЩЕСТВА

Судья по ходатайству потерпевшего, гражданского истца или их представителей либо прокурора вправе вынести постановление о принятии мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, либо возможной конфискации имущества. Исполнение указанного постановления возлагается на судебных приставов-исполнителей.

1. К числу предусмотренных уголовно-процессуальным законом мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, либо возможной конфискации имущества относится наложение ареста на имущество (ст. 115). Однако наложение ареста на имущество в порядке комм. статьи имеет определенные отличия от применения этой меры процессуального принуждения на стадии предварительного расследования. Так, на предварительном расследовании она применяется по ходатайству прокурора, следователя или дознавателя, в то время как в стадии подготовки к судебному заседанию — потерпевшего, гражданского истца или их представителей либо прокурора; суд рассматривает ходатайство указанных лиц не в порядке ст. 165 («Судебный порядок получения разрешения на производство следственных действий»), а в порядке подготовки к судебному заседанию; исполнение названной меры осуществляется не следователем, дознавателем или органом дознания, а судебным приставом-исполнителем, который руководствуется при этом не только УПК РФ, но и ФЗ от 21.07.97 г. «О судебных приставах» (ст. 12), а также отдельными положениями ФЗ от 27.07.97 г. «Об исполнительном производстве» (п. 1 ч. 4 ст. 51). Так, согласно последней норме арест на имущество должника налагается судебным приставом-исполнителем не позднее одного месяца со дня вручения должнику постановления о возбуждении исполнительного производства, а в *необходимых случаях одновременно с его вручением.* Представляется, что в ст. 230 УПК РФ имеется в виду именно такой необходимый случай.

2. Конфискация в качестве меры уголовно-правового характера (ст. 104[1] *УК*) может применяться в отношении имущества, полученного в результате совершения преступных действий или являющегося доходами от этого имущества либо использовавшегося или предназначавшегося для использования в качестве орудия преступления

[1] БВС РФ. 2003. № 7.

либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации). Если это имущество *обнаружено при производстве следственных действий*, то оно подлежит *аресту* (п. 3.1 ч. 2 ст. 82 УПК) (см. об этом комм. к ст. 115).

Вместе с тем *суду* (который отнюдь не занимается обнаружением имущества при производстве следственных действий и, следовательно, не связан требованием п. 3^1 ст. 82 об обязательном наложении на это имущество именно ареста) целесообразно прибегнуть к аресту в целях обеспечения конфискации не всегда, а лишь в отношении *недвижимого имущества, денежных средств и иных ценностей, находящихся на счете, во вкладе или на хранении* в банках и иных кредитных организациях, а также ценных бумаг либо их сертификатов. Дело в том, что в законах, регулирующих исполнение соответствующими организациями принудительных мер в отношении указанных объектов, в качестве юридического основания таких мер обычно называется именно решение о наложении ареста на имущество[1]. В остальных случаях судье, как правило, незачем дублировать уже состоявшееся на предварительном расследовании признание имущества *вещественным доказательством* (ч. 2 ст. 81) еще и наложением на него ареста. Ведь ценности, изъятые при производстве следственных действий, после их осмотра и производства других необходимых следственных действий и так сдаются на хранение в банк или иную кредитную организацию либо могут храниться при уголовном деле, если индивидуальные признаки денежных купюр имеют значение для доказывания (п. 4 ч. 2 ст. 82 УПК)[2].

СТАТЬЯ 231
НАЗНАЧЕНИЕ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. При отсутствии оснований для принятия решений, предусмотренных пунктами 1 и 2 части первой статьи 227 настоящего Кодекса, судья выносит постановление о назначении судебного заседания без проведения предварительного слушания.

2. В постановлении помимо вопросов, предусмотренных частью второй статьи 227 настоящего Кодекса, разрешаются следующие вопросы:

1) о месте, дате и времени судебного заседания;

2) о рассмотрении уголовного дела судьей единолично или судом коллегиально;

3) о назначении защитника в случаях, предусмотренных пунктами 2—7 части первой статьи 51 настоящего Кодекса;

4) о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами;

5) о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании в случаях, предусмотренных статьей 241 настоящего Кодекса;

---

[1] См. ФЗ от 21.07.97 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (ч. 3 ст. 28); ФЗ от 02.12.90 г. «О банках и банковской деятельности» (ст. 27); ФЗ от 22.04.96 г. «О рынке ценных бумаг» и др.

[2] См.: *Гаврилин Ю.В.* Правовая природа, содержание и цели наложения ареста на имущество (научно-практический комментарий к ч. 1, 2 ст. 115 УПК РФ) / Информационно-справочная система «КонсультантПлюс. Комментарии законодательства». 2005.

6) о мере пресечения, за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу.

3. В постановлении также должны содержаться решения о назначении судебного заседания с указанием фамилии, имени и отчества каждого обвиняемого и квалификации вменяемого ему в вину преступления, а также о мере пресечения.

4. Стороны должны быть извещены о месте, дате и времени судебного заседания не менее чем за 5 суток до его начала.

5. После назначения судебного заседания подсудимый не вправе заявлять ходатайства:

1) о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей;

2) о проведении предварительного слушания.

1. В случаях, когда отсутствуют основания для направления уголовного дела по подсудности или для назначения предварительного слушания (п. 1, 2 ч. 1 ст. 227), судья выносит постановление о назначении судебного заседания. В соответствии с требованиями ч. 2 ст. 227 и ч. 2 комм. статьи, а также с учетом содержания приложения 16 к ст. 477, в постановлении указываются:

— дата и место вынесения постановления, наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление;

— основания решения о назначении судебного заседания, т.е. положительные ответы на вопросы о подсудности дела данному суду, вручении копии обвинительного заключения или обвинительного акта и отсутствии оснований для проведения предварительного слушания;

— решение о рассмотрении уголовного дела в открытом или закрытом судебном заседании в случаях, когда: а) разбирательство уголовного дела в суде может привести к разглашению государственной или иной охраняемой ФЗ тайны; б) рассматриваются уголовные дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста 16 лет; в) рассмотрение уголовных дел о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство; г) этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц (ч. 2 ст. 241);

— решение о назначении судебного заседания с указанием фамилии, имени и отчества каждого обвиняемого и квалификации вменяемого ему в вину преступления;

— дата и время судебного заседания;

— место (помещение суда) судебного заседания;

— состав суда (единоличный или коллегиальный);

— решение о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами;

— решение о назначении защитника, в случае обеспечения защитника по назначению, когда его участие является обязательным (п. 2—7 ч. 1 ст. 51);

— решение об изменении или оставлении без изменения каждому из обвиняемых меры пресечения, за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу.

2. На наш взгляд, принятие решения о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами (п. 4 ч. 2 комм. статьи), для суда является обязательным. В общем порядке подготовки к судебному заседанию суд не вправе по своему усмотрению исключить из списка те или иные доказательства по мотивам их недопустимости, т.к. при появлении такой необходимости должно назначаться предварительное слушание. Неправомерно исключение из списка заявленных стороной лиц и по причинам недостоверности показаний, которые они могут дать в судебном разбирательстве либо безотносительности этих показаний к обстоятельствам дела, т.к. судья не вправе вдаваться здесь в оценку доказательств, которые намерены представить стороны. Иное могло бы означать предрешение вопроса о виновности обвиняемого и отступление от состязательности процесса, в силу которой суд лишь создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15). По смыслу комм. статьи и исходя из общих начал состязательного процесса суд в данной стадии не вправе по собственной инициативе, без ходатайств сторон, вызывать в судебное заседание новых свидетелей, назначать экспертизу, истребовать документы и другие доказательства, как это имело место по УПК РСФСР (п. 4 ч. 1 ст. 228). Иное означало бы, что суд принимает на себя часть обвинительной или защитительной функции, что ему воспрещено законом (ч. 3 ст. 15 УПК РФ). В то же время представляется, что суд при необходимости вправе по своей инициативе вызвать в судебное заседание переводчика, если ходатайство об этом не было заявлено сторонами.

3. Конституционный Суд РФ указал, что «норма пункта 6 части второй статьи 231 УПК РФ — по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего уголовно-процессуального регулирования — не предполагает, что при подготовке к судебному заседанию суд вправе принять решение об оставлении без изменения меры пресечения в виде заключения под стражу и тем самым — продлить эту меру пресечения, не выслушав мнение обвиняемого по данному вопросу и не исследовав его доводы. При принятии судом соответствующего решения должны быть соблюдены все установленные статьями 108, 109 и 255 УПК РФ требования, в т.ч. об участии в судебном рассмотрении данного вопроса обвиняемого и его защитника (если он участвует в деле), что применительно к иным предусмотренным законом ситуациям обеспечивается на этапе подготовки к судебному заседанию проведением предварительного слушания в порядке, установленном главой 34 УПК Российской Федерации»[1].

4. Указание п. 6 ч. 2 комм. статьи о том, что суд в постановлении о назначении судебного заседания разрешает вопрос о мере пресечения, «*за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу*», не следует понимать в том смысле, что судья не вправе в данной стадии избирать обвиняемым названные меры пресечения. Дело в том, что согласно ч. 10 ст. 108 УПК об

---

[1] См. Определение КС РФ от 08.04.2004 г. № 132-О по жалобе гражданина Горского Анатолия Вадимовича на нарушение его конституционных прав п. 6 ч. 2 ст. 231 УПК РФ // РГ. 09.06.2004 г. № 120.

избрании меры пресечения заключение под стражу суд должен вынести отдельное постановление. Это утверждение справедливо и для домашнего ареста, который в силу ч. 2 ст. 107 также назначается в порядке, установленном ст. 108.

5. При передаче прокурором уголовного дела в суд избранная в период предварительного расследования мера пресечения не прекращает свое действие и может продолжать применяться до истечения того срока, на который она была установлена соответствующим судебным решением. Судья же, получив к своему производству уголовное дело, обязан проверить, истек или нет установленный ранее принятым судебным решением срок содержания под стражей, подтверждается ли наличие фактических обстоятельств, со ссылкой на которые было принято решение о заключении лица под стражу, и сохраняют ли эти обстоятельства свое значение как основания для продления срока содержания под стражей[1].

СТАТЬЯ 232
ВЫЗОВЫ В СУДЕБНОЕ ЗАСЕДАНИЕ

Судья дает распоряжение о вызове в судебное заседание лиц, указанных в его постановлении, а также принимает иные меры по подготовке судебного заседания.

1. По делам, назначенным к рассмотрению в судебном заседании, секретарь судебного заседания составляет и направляет повестки о вызове в судебное заседание подсудимых, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, третьих лиц, свидетелей, экспертов, специалистов, переводчиков, а также извещает о месте, дне и часе рассмотрения дела прокурора и адвоката. Потерпевшие и свидетели, не достигшие 16-летнего возраста, вызываются в судебное заседание вместе с их родителями или другими законными представителями, которым направляются судебные повестки (извещения).

В случае необходимости перечисленные лица могут быть вызваны в судебное заседание телефонограммой или телеграммой.

Если подсудимый является призывником, в районный военный комиссариат по месту его жительства сообщается о том, что в отношении него судом рассматривается уголовное дело.

В случае большой загруженности секретаря судебного заседания составление и направление повесток, извещение участников процесса могут быть возложены на секретаря суда.

2. Повестки должны быть направлены не позднее следующего дня после назначения дела к рассмотрению в судебном заседании. В тех случаях, когда направленная судом повестка окажется невручennой адресату, секретарь судебного заседания обязан немедленно по возвращении ее почтой или рассыльным выяснить причины невручения, доложить об этом судье и по указанию последнего принять меры, обеспе-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан // РГ. 01.04.2005.

чивающие своевременное вручение повестки. Расписки о получении повесток лицами, не явившимися в суд, подшиваются к делу.

3. Копия постановления или определения об избранной или измененной судом мере пресечения вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также его защитнику или законному представителю по их просьбе (ч. 2 ст. 101).

4. По делам частного обвинения (ч. 2 ст. 20), если по ним не проводилось предварительного следствия или дознания, подсудимому вручается копия заявления потерпевшего или его законного представителя.

5. Судебные повестки и другие документы, адресованные гражданам РФ, работающим за границей в российских или иностранных учреждениях, а также проживающим вместе с ними членам их семей, направляются через те центральные ведомства и учреждения, которые командировали этих граждан на работу за границу.

6. О вызове в суд иностранного гражданина, проживающего за границей, составляется запрос о вызове, который высылается в соответствующий орган юстиции для проверки правильности оформления документов и направления их адресату через Министерство юстиции РФ (за исключением Верховного Суда РФ, который по вопросам своей деятельности сам направляет запросы о производстве процессуальных действий на территории иностранного государства — п. 1 ч. 3 ст. 453). Запрос и прилагаемые к нему документы переводятся на официальный язык того иностранного государства, в которое они направляются. Запрос должен быть скреплен гербовой печатью. Он направляется для вручения адресату, проживающему на территории государства, с которым Российской Федерацией заключен договор о взаимной правовой помощи или имеется международное соглашение, не позднее чем за 4 месяца, а в остальных случаях (если запрос направляется на основе принципа взаимности), как правило, не позднее чем за 6 месяцев до дня рассмотрения дела.

7. К иным мерам по подготовке судебного заседания относятся различного рода организационные действия судьи и секретаря судебного заседания, как то: вызов присяжных заседателей; обеспечение доставки и надлежащих условий содержания и охраны в суде подсудимых, содержащихся под стражей; предоставление возможности сторонам ознакомления с материалами уголовного дела; разрешение вопросов о предоставлении подсудимым свиданий с родственниками и иными лицами, о допуске в судебное заседание представителей средств массовой информации, а также подготовка необходимых нормативных актов, изучение специальной литературы и т.д.

СТАТЬЯ 233
СРОК НАЧАЛА РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ

1. Рассмотрение уголовного дела в судебном заседании должно быть начато не позднее 14 суток со дня вынесения судьей постановления о назначении судебного заседания, а по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, — не позднее 30 суток.

2. Рассмотрение уголовного дела в судебном заседании не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта.

1. Регламентация законом сроков назначения судебного заседания (ч. 3 ст. 227) и сроков начала судебного разбирательства, указанных в комм. статье, направлена на

обеспечение права каждого обвиняемого в совершении преступления на рассмотрение его дела судом в срочном порядке. С другой стороны, наличие определенного промежутка времени до начала судебного заседания позволяет сторонам заблаговременно подготовиться к защите своей позиции по делу, при необходимости еще раз изучить его материалы, пригласить дополнительных свидетелей и специалистов, получить или истребовать другие доказательства, которые могут быть представлены ими в судебном заседании.

2. Нарушение судом сроков начала судебного разбирательства в судебном заседании, установленных комм. статьей, не может быть предметом обжалования в кассационном или надзорном порядке (за исключением маловероятных случаев, когда неверные сроки установлены постановлением судьи), поскольку предметом такого обжалования являются только судебные решения. Преднамеренное грубое или систематическое нарушение судьей процессуального закона, повлекшее неоправданную волокиту при рассмотрении уголовных дел и существенно ущемляющее права и законные интересы граждан, следует рассматривать с учетом конкретных обстоятельств как совершение поступка, способного умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности, что в соответствии со ст. 3, 12^1 Закона РФ от 26.06.92 г. «О статусе судей в Российской Федерации» может служить основанием для подачи жалобы в квалификационную коллегию судей.

ГЛАВА 34. ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЕ СЛУШАНИЕ

СТАТЬЯ 234
ПОРЯДОК ПРОВЕДЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛУШАНИЯ

1. Предварительное слушание проводится судьей единолично в закрытом судебном заседании с участием сторон с соблюдением требований глав 33, 35 и 36 настоящего Кодекса с изъятиями, установленными настоящей главой.

2. Уведомление о вызове сторон в судебное заседание должно быть направлено не менее чем за 3 суток до дня проведения предварительного слушания.

3. Предварительное слушание может быть проведено в отсутствие обвиняемого по его ходатайству либо при наличии оснований для проведения судебного разбирательства в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса, по ходатайству одной из сторон *(ч. 3 в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

4. Неявка других своевременно извещенных участников производства по уголовному делу не препятствует проведению предварительного слушания.

5. В случае, если стороной заявлено ходатайство об исключении доказательства, судья выясняет у другой стороны, имеются ли у нее возражения против данного ходатайства. При отсутствии возражений судья удовлетворяет ходатайство и выносит постановление о назначении судебного заседания, если отсутствуют иные основания для проведения предварительного слушания.

6. *Утратила силу — ФЗ от 03.06.2006 № 72-ФЗ.*

7. Ходатайство стороны защиты об истребовании дополнительных доказательств или предметов подлежит удовлетворению, если данные доказательства и предметы имеют значение для уголовного дела.

8. По ходатайству сторон в качестве свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом.

9. В ходе предварительного слушания ведется протокол.

1. Предварительное слушание — это подготовительный этап производства в суде первой инстанции, прообразом для которого служит английская судебная процедура *arraignment* — привлечение к суду. В последнее время предварительное слушание появилось и в ряде стран континентального права (Италия, Финляндия, Россия и др.). Оно предназначено для того, чтобы заранее выяснить или скорректировать позиции сторон по делу (например, обвинитель может здесь при определенных условиях изменить обвинение), проверить допустимость представленных доказательств и рассмотреть ходатайства о представлении в судебное заседание доказательств дополнительных, не исследовавшихся на предварительном расследовании, попутно уведомив о них другую сторону.

2. По смыслу норм гл. 34 на предварительном слушании принимает участие прокурор (ч. 4 ст. 235, ч. 5 ст. 236). Однако в приложении 24 к ст. 477, устанавливающем форму постановления судьи о назначении судебного заседания по итогам предварительного слушания, говорится об участии здесь *государственного обвинителя*. С учетом положения п. 6 ст. 5 о том, что государственным обвинителем может быть любое должностное лицо органа прокуратуры, а по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, также дознаватель или следователь, можно прийти к выводу, что представлять интересы государственного обвинения на предварительном слушании может не только прокурор, но (в случаях, предусмотренных законом) и названные должностные лица.

3. Неявка участников процесса (кроме обвиняемого), своевременно извещенных о рассмотрении дела, не препятствует проведению предварительного слушания, в т.ч. неявка защитика[1].

Однако судебная практика признает возможным провести предварительное слушание в отсутствие обвиняемого (даже без его ходатайства об этом), когда на нем принимается решение о возвращении дела прокурору в связи с отсутствием в уголовном деле данных о вручении обвиняемому копии обвинительного заключения, поскольку участие обвиняемого не устраняет препятствия рассмотрению дела[2].

4. В части 5 комм. статьи при разрешении ходатайства об исключении доказательств получил закрепление институт *формального признания*. Это заявление, сделанное в процессе одной из сторон о признании факта, на котором другая сторона основывает свои требования или возражения. Оно освобождает другую сторону от необходимости дальнейшего доказывания этого факта, который с тех пор считается установленным. По существу, здесь имеет место презумпция истинности признания, сделанного в пользу другой стороны. Если одной из сторон заявлено ходатайство об исключении доказательства по мотивам его недопустимости, а другая сторона не возражает против этого, недопустимость доказательства считается установленной, а судья обязан удовлетворить ходатайство о его исключении из материалов дела.

---

[1] См. Определение СК по УД ВС РФ № 8-002-49 по делу Кислякова.

[2] См. постановление Президиума ВС РФ от 13.11.2002 г. № 790п02 // БВС РФ. 2003. № 6.

Когда же противоположная сторона оспаривает необходимость исключения доказательства, то вопрос о его допустимости делается предметом доказывания. При этом могут быть допрошены свидетели, которые обладают информацией «об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом» (ч. 8 комм. статьи). Очевидно, что допросу подлежат и свидетели, которым что-либо известно и об обстоятельствах изъятия и приобщения к делу не только документов, но и вещественных доказательств.

5. В редакции УПК РФ, действовавшей до 03.06.2006 г., было сформулировано новое для российского уголовно-процессуального законодательства положение (ч. 6 ст. 234), заимствованное из английского судопроизводства, которое в теории процесса именуется *предупреждением об алиби*. Сущность его состояла в том, что во время судебного разбирательства защите не разрешается представлять свидетельские показания в подтверждение алиби обвиняемого, если уведомление об алиби не было сделано обвинителю заблаговременно, еще в ходе предварительного расследования. Единственное исключение было сделано для тех ситуаций, когда о наличии свидетеля алиби защите стало известно только по окончании предварительного расследования. Однако данная норма была признана не соответствующей Конституции РФ постановлением Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 г.[1] Основанием для этого послужил вывод о том, что обязанность предупреждения об алиби ограничивает обвиняемого в возможности отстаивать в ходе судебного разбирательства свою позицию по уголовному делу, чем нарушается его конституционное право на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом, в т.ч. в суде. Конституционный Суд также полагает, что правило предупреждения об алиби понуждает обвиняемого ходатайствовать о вызове свидетеля для подтверждения алиби в период предварительного расследования и ведет к отказу от гарантированного Конституцией права не доказывать свою невиновность. ФЗ от 03.06.2006 г. «О признании утратившей силу части шестой статьи 234 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» правило предупреждения об алиби было вовсе исключено из УПК РФ.

Данное решение Конституционного Суда РФ и основанное на нем законодательное изменение УПК представляется нам весьма спорным. Когда в суде исследуется вопрос об алиби, он, в силу требований справедливого судопроизводства, должен решаться на основе данных, доступных обвинителю, т.е. тех, о которых ему, как правило, было известно еще в ходе предварительного расследования. Иное означает нарушение состязательного принципа равенства сторон, ибо неожиданное представление столь сильного средства, как свидетельских показаний об алиби, непосредственно в ходе судебного разбирательства слишком часто делает непосильной для стороны обвинения задачу их опровержения в судебном заседании. Это практически лишает ее состязательного права на вызов и допрос свидетелей в ее пользу на тех же условиях, что и для свидетелей противоположной стороны, у которых такое право имеется (подп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

6. Ходатайства защиты об истребовании доказательств, по смыслу ч. 7 комм. статьи, судья обязан удовлетворять всегда, когда они имеют значение для данного

---

[1] См. Постановление КС РФ от 29.06.2004 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Вестник КС РФ. 2004. № 4.

дела, т.е. могут содержать информацию об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания (ст. 73). При этом вопрос об избыточности заявленных стороной защиты доказательств и достаточности для установления этих обстоятельств уже имеющихся в деле доказательств *на предварительном слушании* (в отличие от предварительного расследования или судебного разбирательства), на наш взгляд, не может обсуждаться, ибо суд не должен вдаваться здесь в оценку доказательств по существу дела.

В данной норме помимо доказательств упоминаются также некие *предметы*, об истребовании которых ходатайствует сторона защиты. Они не подпадают под понятие вещественных доказательств, т.к. с помощью разделительного союза «или» явно отделены от доказательств вообще. Таким образом, речь здесь может идти только об истребовании предметов, которые лишь в дальнейшем могут быть признаны судом вещественными доказательствами. В то же время гл. 37 («Судебное следствие») вообще не предусматривает признания судом вновь представленных сторонами или истребованных судом предметов в качестве вещественных доказательств, что с учетом названного положения комм. статьи следует рассматривать как пробел в законе, который должен быть восполнен с помощью его аналогии.

7. При рассмотрении ходатайств сторон о допросе в качестве свидетелей любых лиц следует учитывать толкование данной нормы, данное в Постановлении Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 г. № 13-П. Согласно ему в качестве свидетелей могут быть допрошены лица, обладающие свидетельским иммунитетом, об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов при условии их согласия на это[1].

СТАТЬЯ 235
ХОДАТАЙСТВО ОБ ИСКЛЮЧЕНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА

1. Стороны вправе заявить ходатайство об исключении из перечня доказательств, предъявляемых в судебном разбирательстве, любого доказательства. В случае заявления ходатайства его копия передается другой стороне в день представления ходатайства в суд.

2. Ходатайство об исключении доказательства должно содержать указания на:

1) доказательство, об исключении которого ходатайствует сторона;

2) основания для исключения доказательства, предусмотренные настоящим Кодексом, и обстоятельства, обосновывающие ходатайство.

3. Судья вправе допросить свидетеля и приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве. В случае, если одна из сторон возражает против исключения доказательства, судья вправе огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в уголовном деле и (или) представленные сторонами.

4. При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований настоящего Кодекса, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство.

---

[1] См. Вестник КС РФ. 2004. № 4.

5. Если суд принял решение об исключении доказательства, то данное доказательство теряет юридическую силу и не может быть положено в основу приговора или иного судебного решения, а также исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства.

6. Если уголовное дело рассматривается судом с участием присяжных заседателей, то стороны либо иные участники судебного заседания не вправе сообщать присяжным заседателям о существовании доказательства, исключенного по решению суда.

7. При рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе повторно рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым.

1. В комм. статье получает дальнейшее развитие регламентация процедуры исключения недопустимых доказательств, начало которой было положено в предыдущей статье. При этом вводится ограничение, состоящее в том, что, хотя согласно ч. 1 комм. статьи стороны вправе заявить ходатайство об исключении «любого» доказательства, однако на деле это касается не всякого доказательства, а только того, которое указано в *перечне* доказательств. Перечни доказательств, на которые ссылаются сторона обвинения и сторона защиты, приводятся в обвинительном заключении или обвинительном акте (п. 5, 6 ч. 1 ст. 220, п. 6 ст. 225). Но в уголовном деле могут быть и другие доказательства, не указанные следователем или дознавателем в обвинительном заключении или акте. Закон не содержит каких-либо запретов суду, рассматривающему дело по существу, оглашать в судебном заседании протоколы следственных действий и иные документы, причем не только те, которые представлены сторонами в судебное заседание (указаны в соответствующем перечне доказательств), но и те, которые приобщены к уголовному делу (ст. 285), т.е. все остальные. Таким образом, обвинителю достаточно «приберечь» доказательство (например, протокол сомнительного следственного действия), не включив его в перечень, и по буквальному смыслу комм. статьи другая сторона не может потребовать его исключения, что вряд ли справедливо.

В комм. части статьи содержится требование *передать другой стороне* копии ходатайства об исключении доказательств *в тот же самый день*, когда они представлены в суд. Учитывая, что понятие сторон довольно объемно и, помимо прокурора и органов предварительного расследования, включает обвиняемого, защитника, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, практическое исполнение данного требования *по каждому уголовному делу* представляется довольно затруднительным. Думается, что данная норма подлежит расширительному толкованию. Под термином «передается» в данном случае (в отличие от ч. 1 ст. 129) следует понимать также и сдачу соответствующего ходатайства на почту. Кроме того, закон не уточняет, кто должен передать другой стороне копии указанного ходатайства. Представляется, что это обязан сделать суд, поскольку, например, обвиняемый, содержащийся под стражей, вряд ли физически способен послать копии такого ходатайства не только прокурору, но и потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям.

2. Основанием для исключения доказательства является его недопустимость (см. об этом комм. к ст. 75).

3. В части 3 комм. статьи вновь говорится о способах исследования допустимости доказательств. Если в ч. 8 ст. 234 предусматривается допрос свидетелей, которым может быть что-либо известно об обстоятельствах *производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов*, то в комм. норме речь, по-видимому, идет уже о других свидетелях, а именно тех, показания которых заинтересованная сторона требует признать недопустимыми. Иное означало бы напрасную тавтологию. Кроме того, при производстве ряда следственных действий (например, допроса), в ходе которых допущены существенные процессуальные нарушения, обычно нет свидетелей, кроме самого следователя (дознавателя) и допрашиваемого лица, поэтому установить недопустимость его показаний в подобных случаях иногда невозможно иначе, как допросив на предварительном слушании самого этого свидетеля. Вместе с тем недопустимы могут быть не только показания свидетелей, но также и других лиц, в частности подозреваемого и обвиняемого (ч. 2 ст. 75). Было бы нелогично отказывать суду в праве исследовать вопрос об этом путем допроса не только свидетелей, но и названных лиц. Следует обратить внимание на то, что согласно тексту ч. 3 комм. статьи допросить свидетеля здесь вправе только судья, но не стороны.

Напротив, документ, *указанный в ходатайстве и приобщаемый судьей к делу*, не может быть тем самым документом, допустимость которого оспаривается стороной, иначе он уже был бы приобщен к материалам уголовного дела. Очевидно, имеются в виду документы, подтверждающие недопустимость спорного доказательства. Способом судебного исследования может быть на предварительном слушании также *оглашение* протоколов следственных действий и иных документов.

4. Бремя опровержения доводов защиты о недопустимости доказательства лежит на прокуроре. Учитывая, что неявка других участников процесса, кроме обвиняемого, не препятствует проведению предварительного слушания, неявка прокурора автоматически означает признание оспариваемого другой стороной доказательства недопустимым. Если же ходатайство об исключении доказательства было заявлено не стороной защиты, а прокурором, потерпевшим, гражданским истцом или его представителем, бремя доказывания недопустимости спорного доказательства лежит на них самих. О понятии и распределении бремени доказывания см. также комм. к ст. 14.

5. В случае удовлетворения судьей ходатайства об исключении доказательства судья в постановлении о назначении судебного заседания указывает, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания (ч. 4 ст. 236).

6. В части 7 комм. статьи указано, что при рассмотрении уголовного дела по существу суд по ходатайству стороны вправе *повторно* рассмотреть вопрос о признании исключенного доказательства допустимым. Буквально это означает, что вопрос о допустимости исключенного доказательства может быть поднят заинтересованной стороной в следующей стадии — судебного разбирательства — лишь при том условии, что на предварительном слушании она уже один раз настаивала на признании доказательства допустимым, *оспаривая ходатайство другой стороны о его исключении*. Если же этого не произошло (например, ввиду неявки данной стороны на предварительное слушание, признания ею там факта недопустимости доказательства), она лишается права настаивать в дальнейшем на признании исключенного доказательства допустимым. Представляется, что смысл рассматриваемого правила вытекает из

состязательного характера процесса и состоит в том, что *формальное признание* стороной недопустимости доказательства на предварительном слушании является *окончательным* и она в дальнейшем уже не вправе от него отказаться.

Следует также иметь в виду, что признание исключенного доказательства *допустимым* при рассмотрении уголовного дела по существу может иметь место лишь при условии установления в судебном разбирательстве новых обстоятельств, ранее неизвестных судье при принятии решения об исключении данного доказательства, которые заставляют его пересмотреть свое ранее состоявшееся решение. Иное противоречило бы принципу оценки доказательств судом по *внутреннему убеждению* (ст. 17), ибо подлинное убеждение не может меняться произвольно.

7. Из содержания комм. статьи прямо не следует, что в судебном разбирательстве сторона может повторно ходатайствовать о признании доказательства *недопустимым*. Однако, например, в ч. 5 ст. 335 предусматривается, что судья по собственной инициативе, а также по ходатайству сторон исключает из уголовного дела доказательства, *недопустимость* которых выявилась в ходе судебного разбирательства. То есть если в судебном разбирательстве открылись обстоятельства, указывающие на недопустимость доказательства, в т.ч. ранее признанного судом допустимым на предварительном слушании, заинтересованная сторона все же вправе ходатайствовать о его исключении из числа исследуемых по делу доказательств.

СТАТЬЯ 236
ВИДЫ РЕШЕНИЙ, ПРИНИМАЕМЫХ СУДЬЕЙ НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОМ СЛУШАНИИ

1. По результатам предварительного слушания судья принимает одно из следующих решений:

1) о направлении уголовного дела по подсудности в случае, предусмотренном частью пятой настоящей статьи;

2) о возвращении уголовного дела прокурору;

3) о приостановлении производства по уголовному делу;

4) о прекращении уголовного дела;

5) о назначении судебного заседания.

2. Решение судьи оформляется постановлением в соответствии с требованиями части второй статьи 227 настоящего Кодекса.

3. В постановлении должны быть отражены результаты рассмотрения заявленных ходатайств и поданных жалоб.

4. Если судья удовлетворяет ходатайство об исключении доказательства и при этом назначает судебное заседание, то в постановлении указывается, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания.

5. Если в ходе предварительного слушания прокурор изменяет обвинение, то судья также отражает это в постановлении и в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, направляет уголовное дело по подсудности.

6. Если при разрешении ходатайства обвиняемого о предоставлении времени для ознакомления с материалами уголовного дела суд установит, что требова-

ния части пятой статьи 109 настоящего Кодекса были нарушены, а предельный срок содержания обвиняемого под стражей в ходе предварительного следствия истек, то суд изменяет меру пресечения в виде заключения под стражу, удовлетворяет ходатайство обвиняемого и устанавливает ему срок для ознакомления с материалами уголовного дела.

7. Судебное решение, принятое по результатам предварительного слушания, обжалованию не подлежит, за исключением решений о прекращении уголовного дела и (или) о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения.

1. Как вытекает из содержания приложения 24 к ст. 477, устанавливающего содержание постановления судьи о назначении судебного заседания по итогам предварительного слушания, оно должно удовлетворять не только требованиям ст. 227, но и ч. 2 ст. 231 (см. комм. к указанной статье). Кроме того, в данном постановлении (как и в других постановлениях по вопросам, указанным в п. 1—4 ч. 1 комм. статьи) должны быть отражены результаты рассмотрения заявленных ходатайств и поданных жалоб, в т.ч. ходатайств об исключении доказательств. Однако в приложении 26 предусматривается текст отдельного постановления об исключении доказательств, что не вполне согласуется с содержанием ч. 3 комм. статьи.

2. В части 5 комм. статьи предусматривается возможность в ходе предварительного слушания *изменения прокурором обвинения*. При этом не разъясняется, может ли прокурор изменить обвинение в сторону, ухудшающую положение обвиняемого, или здесь действуют общие правила запрета на поворот обвинения к худшему. Представляется, что прокурор вправе в данной стадии изменить обвинение лишь при том условии, что этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается его право на защиту (см. об этом комм. к ст. 252). В противном случае обвиняемый встретился бы в суде с ранее не известным обвинением, которое не предъявлялось ему на предварительном расследовании, что нарушало бы его право на защиту.

3. Если в ходе предварительного слушания прокурор изменяет обвинение, то судья отражает это в постановлении и в случаях, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, направляет уголовное дело по подсудности[1].

4. Запрет на обжалование решения, принятого по результатам предварительного слушания, нуждается в ограничительном толковании. По буквальному смыслу ч. 7 ст. 236 судебные решения, принятые по результатам предварительного слушания, не подлежат обжалованию в вышестоящий суд — исключение составляют решения: о прекращении уголовного дела и о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения, которые могут быть обжалованы в вышестоящем суде. Кроме того, согласно п. 5 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 г. № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан[2] может обжаловаться решение *о приостановлении производства по делу*.

Допускается и обжалование решения *о направлении уголовного дела по подсудности*, на что указал Конституционный Суд РФ в Определении от 09.06.2004 г. № 223-О

---

[1] См. Определение СК по УД ВС РФ № 32-о03-52 // БВС РФ. 2004. № 7.

[2] РГ. 23.12.2003.

по жалобе Уполномоченного по правам человека в РФ на нарушение конституционных прав гражданина Е.Я. Янковского ч. 7 ст. 236 УПК РФ[1].

Определением Конституционного Суда РФ от 20.10.2005 г. № 404-О по жалобе гражданки Вержуцкой Л.Г. на нарушение ее конституционных прав ч. 7 ст. 236 УПК РФ разрешены обжалование и пересмотр принятого по результатам предварительного слушания судебного решения *о возвращении уголовного дела прокурору*[2].

СТАТЬЯ 237
ВОЗВРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ПРОКУРОРУ

1. Судья по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях, если:

1) обвинительное заключение или обвинительный акт составлены с нарушением требований настоящего Кодекса, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта;

2) копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому, за исключением случаев, если суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном частью четвертой статьи 222 или частью третьей статьи 226 настоящего Кодекса;

3) есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера;

4) имеются предусмотренные статьей 153 настоящего Кодекса основания для соединения уголовных дел;

5) при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные частью пятой статьи 217 настоящего Кодекса.

2. В случаях, предусмотренных частью первой настоящей статьи, судья обязывает прокурора в течение 5 суток обеспечить устранение допущенных нарушений.

3. При возвращении уголовного дела прокурору судья решает вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого.

4. Производство каких-либо следственных или иных процессуальных действий, не предусмотренных настоящей статьей, по уголовному делу, возвращенному прокурором, не допускается.

5. Доказательства, полученные по истечении процессуальных сроков, установленных частью второй настоящей статьи, либо при производстве процессуальных действий, не предусмотренных настоящей статьей, признаются недопустимыми.

1. УПК не предусматривает права суда направлять уголовное дело для дополнительного расследования. Такое полномочие оставлено только прокурору (ст. 221, п. 2

---

[1] СЗ РФ. 2004. № 41. Ст. 4087.

[2] СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 340.

ч. 5 ст. 439). Возвращение судом дела прокурору имеет целью не проведение дополнительного расследования, а устранение существенных нарушений закона, препятствующих судебному рассмотрению дела и связанных с содержанием и формой обвинительного заключения или обвинительного акта, нарушением права обвиняемого на ознакомление с указанными документами и др. Рассмотрим основания для возвращения дела прокурору более подробно.

1) Составление обвинительного заключения или обвинительного акта с нарушением требований УПК (п. 1 ч. 1 ст. 237). Чтобы служить основаниями для возвращения дела прокурору, нарушения требований составления обвинительного заключения либо акта должны исключать саму возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта. Например, невозможно принять законное судебное решение по делу, если обвинение, изложенное в обвинительном заключении или обвинительном акте, не соответствует по своему содержанию обвинению, сформулированному в постановлении (постановлениях) о привлечении в качестве обвиняемого; либо когда обвинительное заключение или обвинительный акт не подписан следователем, дознавателем, не утвержден прокурором; когда в этих документах отсутствуют данные о судимостях, имеющихся у обвиняемого, сведения о его местонахождении, данные о лице, потерпевшем от преступления[1].

Следует иметь в виду, что Конституционный Суд РФ в Постановлении от 08.12.2003 г. № 18-П дал расширительное толкование рассматриваемому основанию для возвращения уголовного дела прокурору: «Если на досудебных стадиях производства по уголовному делу имели место *нарушения норм уголовно-процессуального закона*, то ни обвинительное заключение, ни обвинительный акт не могут считаться составленными в соответствии с требованиями данного Кодекса»[2]. Отсюда вытекает, что суд по собственной инициативе или по ходатайству любой из сторон вправе возвратить дело прокурору для устранения допущенных в досудебном производстве процессуальных нарушений, для чего допускается выполнение необходимых следственных и иных процессуальных действий. При этом, однако, должны соблюдаться следующие условия:

— на предварительном расследовании были допущены *существенные* нарушения *уголовно-процессуального*[3] закона. При этом существенными процессуальными нарушениями считаются те, которые одновременно: а) ущемляют права участников уголовного судопроизводства; б) препятствуют рассмотрению дела, поскольку *неустранимы* в судебном заседании; в) *исключают* возможность постановления законного и обоснованного приговора. Так, например, препятствуют постановлению правосудного приговора нарушения в досудебной стадии конституционных прав обвиняемого на защиту прав потерпевшего на доступ к правосудию, компенсацию причиненного ущерба;

---

[1] См. п. 14 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм УПК РФ» // РГ. 25.03.2004.

[2] Пункт 4 Постановления КС РФ от 08.12.2003 г. № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан // РГ. 23.12.2003.

[3] См. Определение КС РФ от 22.04.2005 г. № 197-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Лебедевой Т.Н. на нарушение ее конституционных прав положениями ч. 1 и 5 ст. 237 УПК РФ.

— исправление таких нарушений после направления дела прокурору не будет связано с *восполнением неполноты* произведенного дознания или предварительного следствия[1].

Иначе говоря, не всякие (даже существенные) процессуальные нарушения могут служить основанием для возвращения дела прокурору. Не должны быть таким основанием нарушения, устранение которых фактически означало бы проведение *дополнительного расследования,* которое не предусмотрено УПК РФ. Конституционный Суд РФ исходит при этом из правовой позиции (п. 3 мотивировочной части названного Постановления), согласно которой исправление допущенных нарушений не должно сводиться:

— к установлению органами предварительного расследования новых фактических обстоятельств дела;

— к доказыванию виновности обвиняемых;

— к дополнению ранее предъявленного обвинения;

— к переквалификации деяний.

Направляя уголовное дело прокурору, суд не подменяет сторону обвинения — он лишь указывает на выявленные нарушения, ущемляющие права участников уголовного судопроизводства, требуя их восстановления. Как указал Конституционный Суд РФ, возвращение уголовного дела прокурору имеет целью лишь приведение *процедуры* предварительного расследования в соответствие с требованиями, установленными в уголовно-процессуальном законе[2].

С учетом приведенных положений, сформулированных Конституционным Судом РФ, можно прийти к выводу о том, что при направлении судом дела прокурору исправление нарушений не может заключаться, в частности, *в предъявлении обвиняемому нового обвинения*, ибо это означало бы либо дополнение ранее предъявленного обвинения, либо переквалификацию деяния.

Если один или несколько обвиняемых после ознакомления их с материалами оконченного расследования (п. 1 ч. 5 ст. 217) отказываются от рассмотрения их дела судом с участием присяжных заседателей, следователь обязан решить вопрос о выделении уголовных дел в отношении этих обвиняемых в отдельное производство. Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что при отсутствии такого постановления дело из предварительного слушания подлежит возвращению прокурору[3].

2) Судья также обязан возвратить уголовное дело прокурору, если копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому (п. 2

---

[1] Под неполнотой предварительного расследования в теории уголовного процесса понимаются пробелы в установлении всего круга фактических обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу и могущих оказать существенное влияние на решение по делу. При этом неполным расследование будет являться и тогда, когда следователем, дознавателем не проверены все возможные версии по данному делу (см.: Уголовный процесс: учебник / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 81; Уголовный процесс: учебник. Общая часть / под ред. проф. В.З. Лукашевича. СПб., 2004. С. 98—99).

[2] См. п. 4 постановления КС РФ от 04.03.2003 г. по делу о проверке конституционности положений п. 2 ч. 1 и ч. 3 ст. 232 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Л.И. Батищева, Ю.А. Евграфова, О.В. Фролова и А.В. Шмелева.

[3] См. п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2005 г. № 23 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей» // БВС РФ. 2006. № 1.

ч. 1 ст. 237). Имеется одно исключение из этого правила — дело не возвращается прокурору, если обвиняемый отказался от получения копии обвинительного заключения либо не явился по вызову или иным образом уклонился от получения копии обвинительного заключения или акта и прокурор направил уголовное дело в суд с указанием причин, по которым копия обвинительного заключения не была вручена обвиняемому.

3) Дело возвращается прокурору и в том случае, когда при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не было разъяснено его право ходатайствовать: о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, о применении особого порядка принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, о проведении предварительного слушания.

4) Возвращение уголовного дела прокурору предусмотрено также для соединения уголовных дел, если при наличии для этого оснований такое соединение не было осуществлено на стадии предварительного расследования (п. 4 ч. 1 ст. 237). Сам судья не вправе принимать решения о соединении поступивших к нему уголовных дел, поскольку это означало бы принятие им на себя в этой части функции обвинения.

5) В п. 3 ч. 1 ст. 237 предусмотрено такое основание для возвращения дела прокурору, как *необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта* по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера. Необходимость в этом, согласно ч. 5 ст. 443, может возникнуть, если судья признает, что психическое расстройство лица, в отношении которого рассматривается уголовное дело, не установлено или что заболевание лица, совершившего преступление, не является препятствием для применения к нему уголовного наказания. Следует, однако, учитывать, что в соответствии с ч. 3 ст. 15 суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Возвращение же судьей по своей собственной инициативе уголовного дела прокурору по данному основанию фактически равнозначно даче судом поручения прокурору привлечь данное лицо к уголовной ответственности в качестве обвиняемого, что нельзя расценить иначе как акт уголовного преследования. Поэтому названную норму необходимо, на наш взгляд, толковать ограничительно, а именно: возвращение дела судьей прокурору по данному основанию возможно только по ходатайству стороны обвинения, но не по инициативе судьи. Кроме того, весьма сомнительно, что прокурору и органам предварительного следствия будет достаточно 5 суток, установленных ч. 5 комм. статьи, для выполнения всех положенных процессуальных действий в отношении указанных лиц. Дело в том, что лицо, в отношении которого ранее выносилось постановление о применении принудительной меры медицинского характера, как правило, не привлекается на предварительном следствии в качестве обвиняемого, а значит, в течение 5 суток необходимо будет не только составить в отношении него обвинительное заключение, но до того, возможно, провести повторную судебно-психиатрическую экспертизу, привлечь его в качестве обвиняемого и ознакомить с материалами оконченного предварительного расследования.

2. При возвращении уголовного дела прокурору судья решает вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого (в т.ч. о заключении под стражу) и перечисляет его за прокуратурой. Если судьей оставлена или избрана обвиняемому мера пресечения в виде содержания под стражей, то срок содержания под стражей должен исчисляться

с учетом времени, проведенного подозреваемым, обвиняемым под стражей ранее, не превышая своего предельного значения.

3. Судья в данной стадии может приостановить производство по уголовному делу. Для приостановления производства закон устанавливает ряд оснований. Так, судья приостанавливает производство по делу в случае, когда обвиняемый скрылся и место его пребывания неизвестно (п. 1 ч. 1 ст. 238). При побеге обвиняемого, который содержался под стражей, судья возвращает дело прокурору и поручает ему обеспечить розыск обвиняемого. Когда скрылся обвиняемый, не содержащийся под стражей, судья избирает ему меру пресечения в виде заключения под стражу и поручает прокурору обеспечить его розыск.

Если обвиняемый скрылся, но по данному делу имеются и другие обвиняемые, все производство по делу приостанавливается только тогда, когда в отсутствие скрывшегося обвиняемого дело не может быть разрешено всесторонне, полно и объективно. В ином случае должно приостанавливаться и выделяться в отдельное производство дело лишь в отношении скрывшегося обвиняемого, а в отношении остальных обвиняемых — назначаться к рассмотрению в судебном заседании.

Тяжкое заболевание обвиняемого влечет приостановление производства по делу, если оно (заболевание) препятствует его участию в судебном заседании (п. 2 ч. 1 ст. 238). Факт такого заболевания может быть подтвержден медицинским заключением, которое не является заключением судебно-медицинского эксперта, поскольку экспертиза в стадии подготовки к судебному заседанию не производится. Когда заболевание обвиняемого является психическим расстройством, вопрос о приостановлении производства по делу может решаться различным, причем не всегда положительным, образом:

— если психическое расстройство обвиняемого *связано с опасностью* для него или других лиц либо с возможностью причинения им иного существенного вреда, то производство по делу не приостанавливается, а назначается судебное заседание, в котором рассматривается вопрос об освобождении лица от уголовной ответственности и о применении к нему в соответствии с ч. 1 ст. 443 принудительных мер медицинского характера;

— если имеются данные, что психическое расстройство обвиняемого одновременно удовлетворяет следующим условиям: а) не связано с такой опасностью (либо им совершено деяние небольшой тяжести); б) расстройство наступило после совершения уголовно противоправного деяния; в) является хроническим, то судьей назначается судебное заседание, в котором дело может быть прекращено на основании ч. 2 ст. 443;

— если психическое расстройство обвиняемого не представляет опасности и имеются сведения, дающие основание полагать, что запрещенное уголовным законом деяние совершено лицом в состоянии *невменяемости*, судья должен передать дело в судебное заседание, в котором будет назначена судебно-психиатрическая экспертиза в целях проверки психического состояния данного лица и рассмотрен вопрос о прекращении в отношении него уголовного дела ввиду отсутствия в деянии состава преступления на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 и ч. 3 ст. 443;

— если психическое расстройство обвиняемого: а) не представляет опасности; б) наступило после совершения уголовно противоправного деяния и в) является согласно медицинскому заключению *временным*, то производство по делу может быть приостановлено на основании п. 2 ст. 238.

Основанием для приостановления судьей производства по уголовному делу может быть и направление судом запроса в Конституционный Суд РФ или принятие Конституционным Судом к рассмотрению жалобы о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ (п. 3 ч. 1 ст. 238). Направление судом запроса в Конституционный Суд РФ является основанием для приостановления производства по делу не только в том случае, если запрос направлен судьей, проводящим данное предварительное слушание, но и другим судом любой инстанции (ст. 101, 103 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Производство по уголовному делу приостанавливается также в случае, когда место нахождения обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в судебном разбирательстве отсутствует (п. 4 ч. 1 ст. 238). Однако следует иметь в виду, что приостановление производства судом невозможно по любым основаниям, если одна из сторон заявляет ходатайство о проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК.

4. Судья на предварительном слушании может также прекратить дело или уголовное преследование. Однако не могут служить основаниями для такого прекращения в данной стадии процесса: отсутствие события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24); отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24); непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27). В этих случаях должен быть вынесен оправдательный приговор, что требует проведения судебного разбирательства.

В ч. 1 ст. 239 УПК предусматривается также обязанность суда прекратить уголовное дело по основаниям, предусмотренным п. 1 и 2 ч. 1 ст. 24 и п. 1 и 2 ч. 1 ст. 27, если прокурор отказался от обвинения полностью или в соответствующей его части. Однако применимость этой нормы уже в ходе предварительного слушания вызывает сомнение, поскольку согласно Постановлению Конституционного Суда РФ вынесение судом решения, обусловленного такой позицией государственного обвинителя, допустимо лишь после завершения исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнений участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты[1], что мыслимо лишь в стадии судебного разбирательства.

При прекращении уголовного дела, так же как и при приостановлении по нему производства, судья в данной стадии вправе оценивать доказательства не только с точки зрения их допустимости, но также относимости к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по делу, а также достоверности и достаточности.

5. Согласно п. 4 ч. 1 комм. статьи судья вправе возвратить уголовное дело прокурору, если имеются предусмотренные ст. 153 основания для соединения дел. В соответствии с этой статьей в одном производстве могут быть соединены уголовные дела в отношении: 1) нескольких лиц, совершивших одно или несколько преступлений в соучастии; 2) одного лица, совершившего несколько преступлений; 3) лица, обвиняемого в заранее не обещанном укрывательстве преступлений, расследуемых по этим

[1] См. п. 3 постановления КС РФ от 08.12.2003 г. № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан // РГ. 23.12.2003.

уголовным делам. Однако по первым двум основаниям для соединения дел, как правило, требуется вынесение и предъявление обвиняемым или обвиняемому *нового обвинения* (например, о совершении преступления в соучастии, о совершении преступлений в совокупности). При этом закон требует проведения следственного действия — допроса обвиняемого (ст. 173). Затем потребуется проведение всего комплекса действий, связанных с окончанием предварительного расследования, с учетом изменения обвинения (ст. 215—220, 221—222, 223—226). В этой связи представляются практически невыполнимыми ранее рассмотренные требования постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 г. № 18-П (п. 3 мотивировочной части) о том, что при исправлении недостатков предварительного расследования недопустимо дополнение ранее предъявленного обвинения либо переквалификация деяния (см. п. 1 настоящего комм.).

6. Судебная практика применения ч. 2 комм. статьи иногда допускает продление прокурором срока расследования за пределами 5-дневного срока, данного судом для устранения допущенных нарушений. Так, в определении СК по УД ВС РФ от 13.01.2005 г. по делу № 81-о04-129 по кассационным жалобам осужденных П., К. и Ф. на приговор Кемеровского областного суда от 08.09.2004 г. сказано: «В соответствии с ч. 2 ст. 237 УПК РФ при возвращении уголовного дела прокурору, в т.ч. согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 г. — для устранения существенных нарушений уголовно-процессуального законодательства, не связанных с восполнением неполноты предварительного следствия, — устанавливается 5-дневный срок для обеспечения прокурором устранения нарушений. Данное дело поступило в прокуратуру Кемеровской области… 02.07.2004 г., пятидневный срок истекал 07.07.2004 г., следовательно, все процессуальные действия старшим следователем прокуратуры Солониной 13—16.07.2004 г. были совершены за пределами предусмотренных законом сроков устранения нарушений, *и прокурором срок дополнительного следствия свыше установленного ч. 2 ст. 237 УПК РФ не устанавливался и не продлялся»*[1]. Из этой выдержки видно, что Судебная коллегия, правильно отметив недопустимость процессуальных действий, совершенных за пределами установленного судом 5-дневного срока, все же не исключала продления данного срока прокурором. Однако, на наш взгляд, подобная практика не отвечает требованиям закона, который предусматривает для исправления допущенных нарушений лишь 5-дневный срок. Последний не является сроком дополнительного расследования, подобным тому, который назван в ч. 6 ст. 162, и поэтому не может быть продлен прокурором.

В этой связи мы решительно не можем согласиться и с мнением бывшего заместителя Председателя Верховного Суда РФ и председателя Судебной коллегии по уголовным делам А.Е. Меркушова, высказанного им в статье «Некоторые вопросы практики применения судами уголовно-процессуальных норм при осуществлении правосудия». Автор пишет: «Руководствуясь ст. 221 и 226 УПК РФ, прокурор может принять меры к производству *дополнительного следствия или дополнительного дознания* для устранения выявленных недостатков, если они не связаны с восполнением неполноты предварительного следствия… К сожалению, Конституционный Суд РФ ничего не сказал о пятисуточном сроке. Представляется, что к тем случаям, когда нужно провести следственные и иные процессуальные действия, данный срок относиться не

[1] См.: Предпринимательское право / http://www.businesspravo.ru/ Docum/ DocumShow_DocumID_97629.html

может»[1]. В статье А.Е. Меркушов комментирует известное постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»[2], при выработке которого А.Е. Меркушов выступал как докладчик. Такая позиция одного из высших судебных чиновников представляется весьма странной, ибо в п. 14 данного постановления сказано лишь о том, что «прокурор (а также по его указанию следователь или дознаватель) вправе, исходя из конституционных норм, провести следственные или иные процессуальные действия, необходимые для устранения выявленных нарушений, и, руководствуясь статьями 221 и 226 УПК РФ, *составить новое обвинительное заключение или новый обвинительный акт».* Как видно из данного разъяснения Пленума, речь не идет о праве прокурора назначить дополнительное расследование. Из всех его полномочий, указанных в ст. 221 и 226 УПК РФ, Пленум выделяет только одно — право прокурора составить новое обвинительное заключение или новый обвинительный акт.

7. В части 5 комм. статьи говорится буквально о том, что «*доказательства*, полученные по истечении процессуальных сроков (т.е. 5-суточного срока — *А.С.*), установленных частью второй настоящей статьи, либо при производстве процессуальных действий, не предусмотренных настоящей статьей, признаются недопустимыми». Однако согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в Постановлении от 08.12.2003 г. № 18-П (см. п. 1 настоящего комм.), исправление допущенных нарушений после направления дела судом прокурору не должно быть связано с *восполнением неполноты* произведенного дознания или предварительного следствия. Следовательно, вопрос о собирании здесь дополнительных доказательств вообще возникать не может (для чего же еще собирать доказательства, как не для пополнения следствия?), тем более что эти доказательства, будучи получены стороной уголовного преследования, чаще всего явятся именно доказательствами виновности.

Представляется также, что в подобной ситуации недействительными должны признаваться не только вновь собранные доказательства, но и результаты любых процессуальных действий, совершенных прокурором и следователем за пределами установленного судом 5-дневного срока.

8. Представляется, что ч. 2 комм. статьи, касающаяся срока устранения допущенных нарушений, следует толковать расширительно — судья вправе установить такой срок *в пределах* до 5 суток включительно (т.е. от 1 до 5 суток), если нарушение может быть исправлено за меньшее время, чем ровно 5 суток. Поскольку речь идет о восстановлении прав участников процесса, этот срок следует исчислять начиная со следующих суток после тех, в которые судьей принято такое решение. Истекает этот срок в 24 часа последних суток (см. комм. к ст. 128).

СТАТЬЯ 238
ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Судья выносит постановление о приостановлении производства по уголовному делу:

1) в случае, когда обвиняемый скрылся и место его пребывания неизвестно;

2) в случае тяжелого заболевания обвиняемого, если оно подтверждается медицинским заключением;

---

[1] БВС РФ. 2004. № 8.

[2] РГ. 25.03.2004.

3) в случае направления судом запроса в Конституционный Суд Российской Федерации или принятия Конституционным Судом Российской Федерации к рассмотрению жалобы о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции Российской Федерации;

4) в случае, когда место нахождения обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в судебном разбирательстве отсутствует.

2. В случае, предусмотренном пунктом 1 части первой настоящей статьи, судья приостанавливает производство по уголовному делу и, если совершил побег обвиняемый, содержащийся под стражей, возвращает уголовное дело прокурору и поручает ему обеспечить розыск обвиняемого или, если скрылся обвиняемый, не содержащийся под стражей, избирает ему меру пресечения в виде заключения под стражу и поручает прокурору обеспечить его розыск.

3. Пункты 1 и 4 части первой настоящей статьи не применяются при наличии ходатайства одной из сторон о проведении судебного разбирательства в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса *(ч. 3 введена ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

1. Если обвиняемый скрылся, но по данному делу имеются и другие обвиняемые, производство по делу приостанавливается и все дело возвращается прокурору только в том случае, когда в отсутствие скрывшегося обвиняемого дело не может быть разрешено всесторонне, полно и объективно. В ином случае дело в отношении скрывшегося обвиняемого приостанавливается и выделяется в отдельное производство, а дело в отношении остальных обвиняемых назначается к рассмотрению в судебном заседании. Когда реальная возможность участия в судебном разбирательстве одного из нескольких обвиняемых отсутствует, хотя его местонахождения известно (например, обвиняемый находится на территории иностранного государства, которое отказало российской стороне в его выдаче), приостановление производства по всему делу заведомо неэффективно, поэтому в подобных случаях дело в отношении этого обвиняемого, как правило, должно прекращаться с выделением его в отдельное производство.

2. Тяжкое заболевание обвиняемого влечет приостановление производства по делу, если оно препятствует его участию в судебном заседании. Факт такого заболевания может быть подтвержден медицинским заключением, которое не является заключением судебно-медицинского эксперта, поскольку экспертиза в стадии подготовки к судебному заседанию не производится. Когда заболевание обвиняемого является *психическим расстройством*, вопрос о приостановлении производства по делу может решаться различным, причем не всегда положительным, образом:

— если психическое расстройство обвиняемого *связано с опасностью* для него или других лиц либо с возможностью причинения им иного существенного вреда, то производство по делу не приостанавливается, а назначается судебное заседание, в котором рассматривается вопрос об освобождении лица от уголовной ответственности или от наказания и о применении к нему в соответствии с ч. 1 ст. 443 принудительных мер медицинского характера;

— если психическое состояние обвиняемого одновременно удовлетворяет следующим условиям: а) не связано с такой опасностью; б) психическое расстройство наступило после совершения уголовно противоправного деяния; в) психическое расстройство является не временным, а хроническим, то дело в отношении данного лица прекращается в судебном заседании на основании ч. 2 ст. 443;

— если психическое расстройство обвиняемого не представляет опасности и имеются сведения, дающие основание полагать, что запрещенное уголовным законом деяние совершено лицом в состоянии *невменяемости*, судья должен передать дело в судебное заседание, в котором будет назначена судебно-психиатрическая экспертиза в целях проверки психического состояния данного лица и рассмотрен вопрос о прекращении в отношении него уголовного дела ввиду отсутствия в деянии состава преступления на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 и ч. 3 ст. 443;

— если состояние обвиняемого: а) не представляет опасности; б) наступило после совершения уголовно противоправного деяния и в) является согласно медицинскому заключению *временным*, то производство по делу может быть *приостановлено* на основании п. 2 ст. 238.

3. Направление судом запроса в Конституционный Суд РФ является основанием для приостановления производства по делу не только в том случае, если запрос направлен судьей, проводящим данное предварительное слушание, но и любым другим судом.

4. При приостановлении уголовного дела в отношении обвиняемого на предварительном слушании по основаниям, указанным в п. 2—4 ч.1 ст. 238, суд одновременно с этим вправе избрать либо изменить или отменить избранную ему меру пресечения, руководствуясь ч.1 ст. 255. В этом случае указанное решение излагается в постановлении о приостановлении производства по делу. В тех случаях, когда возникает необходимость продления срока содержания подсудимого под стражей, судья проводит судебное заседание по правилам, предусмотренным ст. 109, и выносит соответствующее постановление с приведением обоснования принятого решения.

5. Судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться и без согласия подсудимого в его отсутствие при следующих условиях: а) подсудимый находится за пределами территории РФ и уклоняется от явки в суд, — если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу; б) подсудимый уклоняется от явки в суд (ч. 5 ст. 247). Приостановление производства по делу в этих случаях по буквальному смыслу комм. статьи не допускается. Однако следует отметить, что положения ст. 253 УПК, регулирующие приостановление производства в судебном разбирательстве, в отличие от комм. статьи, не препятствуют приостановлению производства по делу в стадии судебного разбирательства в случае *тяжелого заболевания обвиняемого*, если оно подтверждается медицинским заключением. Кроме того, приостановление производства в стадии судебного разбирательства также возможно и при заочном рассмотрении дела на основании ст. 101, 103 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае направления судом запроса в Конституционный Суд о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ.

СТАТЬЯ 239
ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ИЛИ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

1. В случаях, предусмотренных пунктами 3—6 части первой, частью второй статьи 24 и пунктами 3—6 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, а также

в случае отказа прокурора от обвинения в порядке, установленном частью седьмой статьи 246 настоящего Кодекса, судья выносит постановление о прекращении уголовного дела.

2. Судья может также прекратить уголовное дело при наличии оснований, предусмотренных статьями 25 и 28 настоящего Кодекса, по ходатайству одной из сторон.

3. В постановлении о прекращении уголовного дела или уголовного преследования:

1) указываются основания прекращения уголовного дела и (или) уголовного преследования;

2) решаются вопросы об отмене меры пресечения, а также наложения ареста на имущество, корреспонденцию, временного отстранения от должности, контроля и записи переговоров;

3) разрешается вопрос о вещественных доказательствах.

4. Копия постановления о прекращении уголовного дела направляется прокурору, а также вручается лицу, в отношении которого прекращено уголовное преследование, и потерпевшему в течение 5 суток со дня его вынесения.

1. Судья на предварительном слушании может прекратить дело по следующим основаниям (п. 3—6 ч.1, ч. 2 ст. 24 и п. 3—6 ч. 1 ст. 27, ст. 246, а также ст. 25, 28):

— истечение сроков давности уголовного преследования;

— смерть подозреваемого или обвиняемого, за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего;

— отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению, за исключением случаев, предусмотренных ч. 4 ст. 20;

— отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1, 3—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448, либо отсутствие согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда РФ, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в п. 1 и 3—5 ч. 1 ст. 448;

— отсутствие состава преступления, когда до вступления приговора в законную силу преступность и наказуемость этого деяния были устранены новым уголовным законом. Однако прекращение дела по данному основанию на предварительном слушании является правом судьи. Суд может рассмотреть по существу находящееся в его производстве уголовное дело, также если до вынесения приговора новым уголовным законом была устранена преступность и наказуемость инкриминируемого обвиняемому деяния. Это не лишает обвиняемого права на доступ к правосудию и права на эффективную судебную защиту в установленных законом процессуальных формах[1];

— вследствие акта об амнистии;

— наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению;

---

[1] См. Определение КС РФ от 05.11.2004 г. № 361-О по жалобе гражданина Филиппова В.Т. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 24, ч. 4 ст. 133, ст. 239 и п. 1 ст. 254 УПК РФ / Вестник КС РФ. 2005. № 2.

— наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела;

— отказ Государственной Думы в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, и (или) отказ Совета Федерации в лишении неприкосновенности данного лица;

— отказ прокурора от обвинения;

— в связи с примирением сторон;

— в связи с деятельным раскаянием.

2. Представляется, что судья вправе прекратить только уголовное дело (в т.ч. и в определенной его части[1]), а не уголовное преследование, ибо прекратить преследование может лишь уголовный преследователь.

3. Прекращение уголовного дела — единственный вид решения, при котором судья в данной стадии вправе оценивать доказательства не только с точки зрения их допустимости, но также и относимости к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по делу, достоверности и достаточности. Представляется, что при этом, по аналогии с ч. 3 ст. 236, судья в ходе предварительного слушания может допросить свидетелей и приобщить к делу необходимые документы, представленные сторонами.

ГЛАВА 35. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

СТАТЬЯ 240 НЕПОСРЕДСТВЕННОСТЬ И УСТНОСТЬ

1. В судебном разбирательстве все доказательства по уголовному делу подлежат непосредственному исследованию, за исключением случаев, предусмотренных разделом X настоящего Кодекса. Суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, производит другие судебные действия по исследованию доказательств.

2. Оглашение показаний, данных при производстве предварительного расследования, возможно лишь в случаях, предусмотренных статьями 276 и 281 настоящего Кодекса.

3. Приговор суда может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании.

1. В части 1 комм. статьи речь идет фактически о принципе *устности* судебного разбирательства, согласно которому суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, оглашает протоколы и иные документы. Устность процесса есть словесный способ разбора дел. С одной стороны, это проявление очности и непосредственности судопроизводства, которая, в свой черед, обеспечивает реальное равенство сторон. В условиях устности процесса суду легче сохранить объективность и независимость. Устность предполагает, что все *личные*

[1] О принципиальной возможности *частичного* прекращения уголовного дела в российском уголовном процессе см. п. 2 ч. 4 ст. 163 УПК.

доказательства, т.е. сведения, имеющие своим источником людей, должны быть предъявлены суду в словесной форме. Это касается прежде всего показаний обвиняемого, потерпевшего, свидетелей, заключений экспертов, иных документов, причем, по общему правилу, и в том случае, когда на предварительном следствии они имели вид письменный.

2. Впрочем, из названного правила могут быть исключения. Так, не будет отступлением от принципа устности прочтение в суде протоколов, где записаны ранее данные на предварительном или судебном следствии показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего, однако при соблюдении ряда обязательных условий, одним из которых является то, что до такого прочтения лицо (при рассмотрении дела с его участием), должно быть устно допрошено в данном судебном заседании (более подробно см. об этих условиях комм. к ст. 276, 281).

Что касается письменного заключения эксперта, полученного на предварительном расследовании, то в соответствии с ч. 2 ст. 285 оно должно быть оглашено полностью или частично стороной, которая ходатайствовала о его оглашении, либо судом. То есть письменное заключение эксперта, данное на предварительном расследовании, оглашается лишь *факультативно* — если об этом ходатайствует сторона или посчитает необходимым сделать суд. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что согласно ч. 1 комм. статьи заключение эксперта должно быть именно *заслушано* наряду с показаниями подсудимого, потерпевшего и свидетелей, *а не оглашено*, как это установлено для протоколов и иных документов. Очевидно, заслушать (а не огласить) можно, прежде всего, заключение эксперта, данное им лично в ходе судебного разбирательства (ст. 283). Представляется также, что в силу принципа непосредственности исследования доказательств и устности суд может заслушать письменное заключение эксперта, данное им на предварительном расследовании, лишь при условии участия в судебном заседании по ходатайству стороны самого эксперта, который должен сам огласить данное им заключение (которое будет, таким образом, заслушано), после чего может быть допрошен для разъяснения и, при необходимости, дополнения этого заключения. Сложившееся на практике обыкновение оглашать письменные заключения экспертов, данные ими на предварительном расследовании, как правило, без допроса самих экспертов, фактически означает изъятие из принципа устности процесса в пользу его письменности, что несовместимо с декларируемой в УПК РФ состязательностью судопроизводства. Оно существенно подрывает и принцип равенства сторон, ибо представленные в суд заключения экспертов *всегда* являются обвинительными доказательствами. Стороне защиты следует предоставить право на назначение контрэкспертизы, а также безусловное (а не опосредованное разрешением суда) право на допрос в судебном заседании эксперта. Только так можно преодолеть поразивший российский уголовный процесс недуг, состоящий в придании письменным экспертным заключениям фактически предустановленной доказательственной силы.

3. То же самое относится, на наш взгляд, к протоколам других предварительных следственных действий и иных документов. Они допускаются для прочтения, но лишь по ходатайству сторон или по особому определению (постановлению) суда. Общим правилом должно стать проведение в судебном заседании таких действий, как осмотр местности или помещения (ст. 287), следственный эксперимент (ст. 288), предъявление для опознания новых объектов (ст. 289), освидетельствование (ст. 290), когда для

этого имеются необходимость и возможность. При этом оглашение протоколов аналогичных следственных действий, ранее проведенных на предварительном расследовании, практически имеет смысл лишь для восполнения деталей, которые могли стереться со времени предварительного расследования. Для иных следственных действий, которые, как правило, невозможно повторить в судебном следствии — речь идет об обыске, выемке, опознании тех же самых объектов, — вопрос может решаться несколько иначе. Хотя протоколы, составленные на предварительном расследовании, как правило, приходится оглашать в суде, принцип устности требует сопроводить их исследование допросом участвовавших в данных следственных действиях лиц. Это необходимо, чтобы обеспечить сторонам и суду возможность эффективно проверить достоверность полученных результатов и законность использованных процедур.

4. Особый интерес представляют, с точки зрения соблюдения принципов устности и непосредственности, официальные документы (нормативные, распорядительные, справочно-удостоверительные, контрольные и информационные). Дело в том, что сведения, удостоверенные или изложенные в этих документах, юридически исходят не от физических лиц, а от государственных органов, должностных лиц и организаций, которые допрошены быть не могут. И если те, издавая документ, не вышли за пределы своей правоспособности, то их следует считать первоисточниками данных, а сами такие документы допустимо рассматривать как первоначальные доказательства. В подобных случаях можно ограничиться оглашением названных документов в судебном заседании без допроса лиц, их подписавших, хотя, конечно, при необходимости допрос и не исключен.

5. В состязательном процессе могут фигурировать и предметные (вещественные) доказательства. Принцип устности так же, как и принцип непосредственности, требует допросить, когда это практически доступно, лицо, представившее предмет либо принимавшее участие в его обнаружении, изъятии или создании, относительно названных обстоятельств. Один лишь осмотр сторонами предмета не обеспечивает им равных возможностей для состязания, т.к. без человека и его словесных пояснений предмет может быть недостаточно информативен; доказательством он может стать лишь в пределах правовой системы «предмет — человек». За ее пределами свойства предмета не могут являться вещественными доказательствами (см. комм. к ст. 81). Это, впрочем, не означает, что можно удовлетвориться, например, лишь устным пересказом свидетелем содержания документа — вещественного доказательства, т.к. устное изложение в данном случае было бы заменой исследования самого предметного первоначального доказательства. Исключение может быть допущено только тогда, когда представление оригинала физически невозможно или вызывает значительные трудности.

6. Согласно ч. 3 комм. статьи приговор суда может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании. Это значит, что доказательства, не заслушанные и не оглашенные в судебном заседании, не могут быть использованы при постановлении приговора или иного итогового судебного решения.

7. Принцип *непосредственности исследования доказательств* в комм. статье фактически не раскрывается. В доктрине судопроизводства он понимается как требование обязательного представления и исследования в суде доступных первоисточников доказательственной информации. Причем идеальным первоисточником следует

считать не просто подлинник документа или оригинал предмета, а именно лицо, составившее документ, представившее данный предмет, и т.д. И только при *недоступности* такого лица может быть принят в качестве доказательства соответствующий документ или предмет. Таким образом, понятие «первоисточник» в состязательном процессе понимается более узко, чем понятие «*первоначальное* доказательство». Все первоисточники дают доказательства первоначальные, но не все первоначальные доказательства получены из первоисточника. Так, подлинный рапорт сотрудника милиции об обстоятельствах задержания подозреваемого, безусловно, первоначальное доказательство в сравнении, например, с копией этого документа. Однако первоисточником доказательственной информации является все же само лицо, составившее рапорт, и именно его предпочтительно допросить в состязательном процессе в качестве свидетеля. В английском процессе подобный принцип фигурирует под весьма характерным названием права на *очную ставку*, и право это понимается очень широко. Оно предполагает не просто явку обвинителя и свидетелей обвинения в судебное заседание, но и запрет на доказательство по слуху *(hearsay evidence)*, т.е. недопустимость, по общему правилу, производных доказательств, а также право на перекрестный допрос (cross-exemination) свидетелей. Письменные показания допустимы, только если обвиняемый присутствовал при их получении и имел возможность участвовать в перекрестном допросе. В смешанном континентальном, в т.ч. российском, судопроизводстве принцип непосредственности понимается не столь жестко — первоначальные доказательства положены в качестве первоисточников, а производные в процесс допускаются, хотя и проверяются, по возможности, при помощи доказательств первоначальных.

СТАТЬЯ 241
ГЛАСНОСТЬ

1. Разбирательство уголовных дел во всех судах открытое, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей.

2. Закрытое судебное разбирательство допускается на основании определения или постановления суда в случаях, когда:

1) разбирательство уголовного дела в суде может привести к разглашению государственной или иной охраняемой федеральным законом тайны;

2) рассматриваются уголовные дела о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста шестнадцати лет;

3) рассмотрение уголовных дел о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство;

4) этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц.

2^1. В определении или постановлении суда о проведении закрытого разбирательства должны быть указаны конкретные, фактические обстоятельства, на основании которых суд принял данное решение.

3. Уголовное дело рассматривается в закрытом судебном заседании с соблюдением всех норм уголовного судопроизводства. Определение или постановле-

ние суда о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании может быть вынесено в отношении всего судебного разбирательства либо соответствующей его части.

4. Переписка, запись телефонных и иных переговоров, телеграфные, почтовые и иные сообщения лиц могут быть оглашены в открытом судебном заседании только с их согласия. В противном случае указанные материалы оглашаются и исследуются в закрытом судебном заседании. Данные требования применяются и при исследовании материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписей, киносъемки, носящих личный характер.

5. Лица, присутствующие в открытом судебном заседании, вправе вести аудиозапись и письменную запись. Проведение фотографирования, видеозаписи и (или) киносъемки допускается с разрешения председательствующего в судебном заседании.

6. Лицо в возрасте до шестнадцати лет, если оно не является участником уголовного судопроизводства, допускается в зал судебного заседания с разрешения председательствующего.

7. Приговор суда провозглашается в открытом судебном заседании. В случае рассмотрения уголовного дела в закрытом судебном заседании на основании определения или постановления суда могут оглашаться только вводная и резолютивная части приговора.

1. Гласность есть не просто одно из общих условий судебного разбирательства, но и принцип судопроизводства. Гласность выражается, в частности, в *открытости* судебного заседания, понятие которой в УПК РФ не раскрывается. В п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод сказано: «Каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела». Понятию открытости и гласности судопроизводства дается развернутая характеристика в решении Европейского Суда по правам человека от 08.12.83 г. по делу «Претто и других против Италии»: «Публичный характер судопроизводства, о котором говорится в статье 6 п. 1, защищает тяжущихся от тайного отправления правосудия вне контроля со стороны общественности; он служит одним из способов обеспечения доверия к судам, как высшим, так и низшим. Сделав отправление правосудия прозрачным, он содействует достижению целей статьи 6 п. 1, а именно, справедливости судебного разбирательства, гарантия которого является одним из основополагающих принципов всякого демократического общества...»[1]. В другом своем решении («Экбатани против Швеции», 26.05.88 г.) Европейский Суд высказался еще определеннее: «...что касается публичности, то все материалы дела доступны широкой публике»[2].

Может быть гласность общая и гласность сторон. Общая гласность — это возможность присутствия на суде всех желающих, а также освещения всего происходящего на суде в средствах массовой информации, прежде всего в печати. Гласность сторон есть право обеих сторон присутствовать при проведении процессуальных дей-

---

[1] Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. С. 431.

[2] Там же. С. 584.

ствий, знакомиться со всеми материалами дела и делать заявления. Гласность бывает также полная и ограниченная. Общая гласность может ограничиваться по кругу лиц (например, для лиц, не достигших 16 лет); по объему процессуальных действий (если отдельные действия, этапы или стадии процесса не допускают присутствия посторонних лиц), а также по характеру выясняемых обстоятельств (представляющих государственную или личную тайну, оскорбляющих нравственность либо способных вызвать нарушение общественного спокойствия). Гласность сторон ограничена, когда та или иная сторона устранена от участия в процессуальных действиях либо ограничена в возможности знакомиться с материалами дела. От ограничения принципа гласности следует отличать его нарушения. Так, общая гласность страдает, если судебное разбирательство проводят не в зале судебных заседаний или другом специально объявленном для широкой публики месте, а в помещении, о котором публика не извещена и куда доступ для нее неудобен или объективно затруднен (к примеру, в кабинете судьи; в здании, где действует жесткий пропускной охранный режим, и т.п.). Учитывая значение гласности для состязательного процесса, она должна рассматриваться как его обязательное условие. Обеспечить его — непременная обязанность суда. Проведение процессов при пустых залах, в присутствии одних лишь сторон лишает состязательный процесс динамизма, притупляет у суда, прокуроров и адвокатов чувство ответственности за дело, ведет к снижению качества работы до недопустимо низкого уровня.

2. Закрытое судебное разбирательство — это рассмотрение дела судом без присутствия в зале судебного заседания публики и прессы, однако при участии сторон. При этом дело рассматривается в закрытом судебном заседании с соблюдением всех норм уголовного судопроизводства. Если предметом рассмотрения в суде являются сведения, составляющие государственную тайну, стороны не лишаются права участвовать в их исследовании. Отстранение их от участия в деле в связи с отсутствием допуска к государственной тайне не соответствует Конституции РФ, ее ст. 48 и ч. 3 ст. 123. Как указал Конституционный Суд РФ в своем Постановлении, «законодатель, определяя средства и способы защиты государственной тайны, должен использовать лишь те из них, которые в конкретной правоприменительной ситуации исключают возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина. В рамках уголовного судопроизводства такими средствами могут, в частности, выступать проведение закрытого судебного заседания, предупреждение участников процесса о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с производством по уголовному делу, и привлечение этих лиц к уголовной ответственности в случае ее разглашения»[1].

3. О понятии государственной и охраняемой ФЗ тайны см. комм. к ст. 183.

4. На основании ч. 5 комм. статьи в разрешительном порядке допускается проведение в открытом судебном заседании фотографирования, видеозаписи, киносъемки, если это не создает препятствий для судебного разбирательства. Однако в отношении аудиозаписи предусмотрен не разрешительный, а явочный порядок. Проведение аудиозаписи не допускается председательствующим лишь в том случае, если это создает

[1] Постановление КС РФ от 27.03.96 г. № 8-П по делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21.07.93 г. «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1768.

препятствие для судебного разбирательства. Таким образом, когда любое лицо, присутствующее в открытом судебном заседании, намерено провести аудиозапись, ему не требуется получать на это предварительного согласия ни председательствующего, ни сторон. Однако в случае, если использование звукозаписывающей аппаратуры нарушает порядок судебного заседания, председательствующий вправе предупредить лицо о недопустимости таких действий, либо удалить его из зала судебного заседания, либо наложить на него денежное взыскание в соответствии со ст. 258.

СТАТЬЯ 242
НЕИЗМЕННОСТЬ СОСТАВА СУДА

1. Уголовное дело рассматривается одним и тем же судьей или одним и тем же составом суда.

2. Если кто-либо из судей лишен возможности продолжать участие в судебном заседании, то он заменяется другим судьей и судебное разбирательство уголовного дела начинается сначала.

1. Неизменность состава суда является одним из способов обеспечения непосредственности исследования судом доказательств по делу. Состав суда в течение всего судебного разбирательства должен быть постоянным. Не допускается рассмотрение дела неполным составом суда как в целом, так и в его части.

2. К причинам, лишающим судью возможности продолжать участие в судебном заседании и требующим его замены, относятся: удовлетворение самоотвода или отвода судьи, его длительная болезнь и т.д. В случае если болезнь судьи непродолжительна, его замена не обязательна, и в судебном заседании может быть объявлен перерыв.

СТАТЬЯ 243
ПРЕДСЕДАТЕЛЬСТВУЮЩИЙ

1. Председательствующий руководит судебным заседанием, принимает все предусмотренные настоящим Кодексом меры по обеспечению состязательности и равноправия сторон.

2. Председательствующий обеспечивает соблюдение распорядка судебного заседания, разъясняет всем участникам судебного разбирательства их права и обязанности, порядок их осуществления, а также знакомит с регламентом судебного заседания, установленным статьей 257 настоящего Кодекса.

3. Возражения любого участника судебного разбирательства против действий председательствующего заносятся в протокол судебного заседания.

1. Председательствующий — судья, который руководит судебным заседанием при коллегиальном рассмотрении уголовного дела, а также судья, рассматривающий уголовное дело единолично (п. 26 ст. 5). Согласно комм. статье перед председательствующим стоят следующие задачи: а) обеспечение состязательности и равноправия сторон; б) обеспечение соблюдения распорядка судебного заседания; в) разъяснение всем участникам судебного разбирательства их прав и обязанностей, порядка их осуществления; г) ознакомление их с регламентом судебного заседания. По смыслу ст. 15

УПК РФ в целях соблюдения состязательного порядка судебного разбирательства председательствующий обязан создавать на основе равноправия необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав, а также принимать меры к тому, чтобы другие члены состава суда должным образом отправляли функцию правосудия, не впадая ни в обвинительный, ни в оправдательный уклон.

2. Председательствующий обладает следующими правомочиями:

— принимает решение об отводе секретаря судебного заседания и переводчика в суде с участием присяжных заседателей (ч. 1 ст. 68, ч. 1 ст. 69);

— дает разрешение на проведение фотографирования, видеозаписи и (или) киносъемки в судебном заседании (ч. 5 ст. 241);

— дает разрешение на допуск в зал судебного заседания лиц в возрасте до 16 лет, если они не являются участниками уголовного судопроизводства (ч. 6 ст. 241);

— дает поручение секретарю судебного заседания о проверке явки в суд лиц, которые должны участвовать в судебном заседании, осуществлении им других действий, предусмотренных УПК РФ (ч. 2 ст. 245);

— дает разрешение участникам судебного разбирательства на дачу показаний и принесение заявлений стоя (ч. 2 ст. 257);

— делает распоряжения судебному приставу по обеспечению порядка судебного заседания (ч. 4 ст. 257);

— подписывает протокол судебного заседания и по ходатайству сторон предоставляет им возможность ознакомления с частями протокола по мере их изготовления (ч. 6 ст. 259);

— обеспечивает стороне и иным участникам судебного разбирательства по их ходатайству и в части, касающейся их показаний, возможность ознакомления с протоколом в течение 5 суток с момента его подписания; в исключительных случаях по ходатайству участника судебного разбирательства может продлить время ознакомления с протоколом. Либо своим постановлением устанавливает определенный срок для ознакомления с протоколом (ч. 7 ст. 259);

— рассматривает замечания на протокол судебного заседания; в необходимых случаях вызывает лиц, подавших замечания, для уточнения их содержания; по результатам рассмотрения замечаний председательствующий выносит постановление об удостоверении их правильности либо об их отклонении (ч. 2, 3 ст. 260);

— открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело подлежит разбирательству (ст. 261);

— разъясняет участникам судебного разбирательства их права, обязанности, ответственность (ст. 263, 267, 268, 269, 270, 280);

— устанавливает личность подсудимого; выясняет, вручена ли ему и когда именно копия обвинительного заключения или обвинительного акта, постановления прокурора об изменении обвинения (ст. 265);

— объявляет состав суда, сообщает, кто является обвинителем, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями, а также секретарем судебного заседания, экспертом, специалистом и переводчиком, разъясняет сторонам их право заявлять отвод составу суда или кому-либо из судей (ч. 1 ст. 266);

— опрашивает стороны, имеются ли у них ходатайства о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении доказательств (ч. 1 ст. 271);

— опрашивает подсудимого, понятно ли ему обвинение, признает ли он себя виновным и желает ли он или его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению и предоставляет ему возможность давать показания в любой момент судебного следствия (ч. 2, 3 ст. 271);

— отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу в ходе допроса подсудимого; сообщает ему содержание показаний, данных в его отсутствие (при допросе подсудимого в отсутствие другого подсудимого), и предоставляет ему возможность задавать вопросы подсудимому, допрошенному в его отсутствие (ч. 1 ст. 275);

— устанавливает личность свидетеля, выясняет его отношение к подсудимому и потерпевшему, разъясняет ему права, обязанности и ответственность, предусмотренные ст. 56; дает разрешение свидетелям покинуть зал судебного заседания до окончания судебного следствия (ч. 2, 4 ст. 278);

— в случае назначения судебной экспертизы предлагает сторонам представить в письменном виде вопросы эксперту (ч. 2 ст. 283);

— по окончании исследования представленных сторонами доказательств опрашивает стороны, желают ли они дополнить судебное следствие; объявляет судебное следствие оконченным (ч. 1 ст. 291);

— останавливает участвующих в прениях лиц, если они касаются обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому уголовному делу, а также доказательств, признанных недопустимыми (ч. 5 ст. 292);

— по окончании прений сторон председательствующий предоставляет подсудимому последнее слово (ст. 293);

— объявляет присутствующим в зале судебного заседания об удалении суда в совещательную комнату для постановления приговора; ставит на разрешение суда в совещательной комнате вопросы в порядке, установленном ст. 299 (ст. 295, 301);

— провозглашает приговор, и если подсудимый осужден к смертной казни, разъясняет ему право ходатайствовать о помиловании (ст. 310);

— принимает меры к формированию коллегии присяжных заседателей (ст. 326);

— принимает решение о роспуске коллегии присяжных заседателей ввиду тенденциозности ее состава (ст. 330);

— обращается к присяжным заседателям с предложением принять присягу и зачитывает ее текст, разъясняет присяжным заседателям их права и обязанности (ст. 332);

— дает присяжным перед их удалением в совещательную комнату разъяснения по возникшим у них неясностям в связи с поставленными вопросами и обращается к ним с напутственным словом (ч. 5 ст. 338, 340);

— дает присяжным разрешение на перерыв совещания для отдыха с наступлением ночного времени, а также по окончании рабочего времени (ч. 3 ст. 341);

— по просьбе присяжных дает им дополнительные разъяснения по поставленным вопросам, либо вносит соответствующие уточнения в поставленные вопросы, либо дополняет вопросный лист новыми вопросами (ч. 1. 2 ст. 344);

— решает вопрос о возобновлении судебного следствия (ч. 1 ст. 291, ч. 6 ст. 344);

— выносит приговор и другие решения по делу в суде присяжных (ст. 348, 350);

— излагает краткое содержание приговора, а также содержание жалобы, представления и возражений на них в суде апелляционной инстанции (ст. 365);

— до обращения приговора к исполнению предоставляет по просьбе близких родственников, родственников осужденного, содержащегося под стражей, возможность свидания с ним (ст. 395).

СТАТЬЯ 244
РАВЕНСТВО ПРАВ СТОРОН

В судебном заседании стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление суду письменных формулировок по вопросам, указанным в пунктах 1—6 части первой статьи 299 настоящего Кодекса, на рассмотрение иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства.

1. В комм. статье говорится о равенстве прав сторон в судебном заседании, т.е. об их формальном равноправии, однако для того чтобы в судопроизводстве соблюдалась реальная состязательность, необходимо не формальное равноправие, а *равенство возможностей* сторон по реализации своих интересов. Формальное равноправие достаточно для создания условий справедливого противоборства только тогда, когда стороны не только юридически, но и *фактически* равны между собой. Если же изначально они обладают существенно разными возможностями, их следует снабдить и разными правами, которые в этом случае уравновешивают суммарные позиции сторон. Поэтому в публичном состязательном производстве, где спорят фактически неравносильные субъекты — государство и личность, на стороне последней находятся т.н. *преимущества защиты*, главным из которых является презумпция невиновности. Даже в судебном заседании, где стороны имеют внешне тождественные права по представлению и исследованию доказательств, заявлению отводов и ходатайств, высказыванию мнений и выступлению в судебных прениях, в целом их процессуальное положение далеко не совпадает. Бремя доказывания лежит на обвинителе, а все сомнения толкуются в пользу обвиняемого.

2. По смыслу ст. 15 («Состязательность сторон») суд обязан создавать обеим сторонам равные условия для отстаивания ими своих процессуальных позиций. Однако одного этого может оказаться недостаточно для обеспечения правосудия, вынесения по уголовному делу правильного по существу и справедливого решения. Если стороны были объективно поставлены ходом производства в неравные или несправедливые условия, грозящие одной из них неблагоприятным исходом дела, а усилий слабейшей стороны явно недостаточно, чтобы самостоятельно исправить положение, суд не должен дать процессу преждевременно прекратиться легкой победой стороны, заставшей другую «врасплох», а обязан восстановить равновесие сторон с тем, чтобы дело было доведено до логического конца. Для этого допустима, как представляется, определенная *субсидиарная (вспомогательная) активность суда* в выяснении истины по делу, в т.ч. проведение им следственных действий. Такая субсидиарная активность нацелена на восстановление равновесия, или фактического равенства сторон. Например, в ходе судебного разбирательства одной из сторон предъявляются новые

доказательства (например, вызываются для дачи показаний ранее не известные другой стороне свидетели), самостоятельная проверка и опровержение которых в судебном заседании явно превышает возможности другой стороны, т.е. является для нее *непосильной*. В таком случае суд вправе и обязан вызвать необходимых свидетелей, истребовать предметы и документы и т.д., способные пролить свет на данные обстоятельства, и таким способом предотвратить несправедливость и нарушение равенства сторон. Ясно, что в подавляющем большинстве случаев в подобном невыгодном положении рискует оказаться сторона защиты, в то время как у государственного обвинителя потенциальные возможности для собирания опровергающих доказательств сохраняются почти всегда. Поэтому предлагаемое правило может расцениваться в основном как элемент института преимущества защиты.

Нечто подобное можно найти в английском процессе, где судья вправе по собственной инициативе, т.е., действуя активно, вызвать и допросить свидетелей, которых не представила ни одна из сторон, чтобы выяснить все неясные вопросы, если с его точки зрения этого не было сделано сторонами. Однако важно подчеркнуть, что если полученные судом доказательства оказываются обвинительными, т.е. опровергают доводы защиты (т.н. *опровергающие доказательства*), они могут быть признаны допустимыми только в том случае, когда вызов судом свидетелей был связан с тем, что защита представила из ряда вон выходящие доказательства, до которых «не мог бы додуматься самый изобретательный ум».

Потребность в субсидиарной активности суда может возникнуть и в том случае, когда выяснение существенных для дела фактов в пользу обвиняемого поставлено под угрозу из-за того, что защитник обвиняемого обнаруживает очевидную некомпетентность или недобросовестность; когда потерпевший, ввиду недостатка средств не пригласивший адвоката, не умеет распорядиться своими правами, и т.п. Наконец, следственные действия по почину суда мыслимы для проверки появившихся данных о процессуальных нарушениях в целях решения вопроса о допустимости представленных сторонами доказательств и защиты прав лиц, участвующих в процессе. Например, получив информацию о применении незаконного насилия к обвиняемому, суд может по своей инициативе допросить это лицо, назначить его освидетельствование и т.д. Инициатива суда уместна и тогда, когда закон предусматривает обязательное проведение каких-либо следственных действий, но ни от одной из сторон не поступает ходатайства о его проведении. В подобных случаях, когда инициатива суда продиктована непосредственно интересами соблюдения или исполнения норм закона, речь может идти о *легальной* субсидиарной активности суда.

СТАТЬЯ 245
СЕКРЕТАРЬ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. Секретарь судебного заседания ведет протокол судебного заседания. Он обязан полно и правильно излагать в протоколе действия и решения суда, а равно действия участников судебного разбирательства, имевшие место в ходе судебного заседания.

2. Секретарь судебного заседания проверяет явку в суд лиц, которые должны участвовать в судебном заседании, по поручению председательствующего осуществляет другие действия, предусмотренные настоящим Кодексом.

К числу других действий, которые по поручению председательствующего осуществляет секретарь, УПК РФ относит действия секретаря при составлении предварительного списка присяжных заседателей (ст. 326). После назначения судебного заседания по распоряжению председательствующего секретарь судебного заседания производит отбор кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде общего и запасного списков путем случайной выборки. Секретарь судебного заседания также может проводить проверку обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовного дела. По завершении отбора кандидатов в присяжные заседатели секретарем составляется предварительный список с указанием их фамилий, имен, отчеств и домашних адресов, который подписывается секретарем судебного заседания, если он составлял данный список.

СТАТЬЯ 246
УЧАСТИЕ ОБВИНИТЕЛЯ

1. Участие в судебном разбирательстве обвинителя обязательно.

2. Участие государственного обвинителя обязательно в судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения.

3. По уголовным делам частного обвинения обвинение в судебном разбирательстве поддерживает потерпевший.

4. Государственное обвинение могут поддерживать несколько прокуроров. Если в ходе судебного разбирательства обнаружится невозможность дальнейшего участия прокурора, то он может быть заменен. Вновь вступившему в судебное разбирательство прокурору суд предоставляет время для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. Замена прокурора не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в ходе судебного разбирательства. По ходатайству прокурора суд может повторить допросы свидетелей, потерпевших, экспертов либо иные судебные действия.

5. Государственный обвинитель представляет доказательства и участвует в их исследовании, излагает суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывает суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания.

6. Прокурор предъявляет или поддерживает предъявленный по уголовному делу гражданский иск, если этого требует охрана прав граждан, общественных или государственных интересов.

7. Если в ходе судебного разбирательства государственный обвинитель придет к убеждению, что представленные доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение, то он отказывается от обвинения и излагает суду мотивы отказа. Полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования полностью или в соответствующей его части по основаниям, предусмотренным пунктами 1 и 2 части первой статьи 24 и пунктами 1 и 2 части первой статьи 27 настоящего Кодекса.

8. Государственный обвинитель до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора может также изменить обвинение в сторону смягчения путем:

1) исключения из юридической квалификации деяния признаков преступления, отягчающих наказание;

2) исключения из обвинения ссылки на какую-либо норму Уголовного кодекса Российской Федерации, если деяние подсудимого предусматривается другой нормой Уголовного кодекса Российской Федерации, нарушение которой вменялось ему в обвинительном заключении или обвинительном акте;

3) переквалификации деяния в соответствии с нормой Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающей более мягкое наказание.

9. Пересмотр определения или постановления суда о прекращении уголовного дела ввиду отказа государственного обвинителя от обвинения допускается лишь при наличии новых или вновь открывшихся обстоятельств в соответствии с главой 49 настоящего Кодекса.

10. Прекращение уголовного дела ввиду отказа государственного обвинителя от обвинения, равно как и изменение им обвинения, не препятствует последующему предъявлению и рассмотрению гражданского иска в порядке гражданского судопроизводства.

1. Согласно п. 6 ст. 5 УПК государственный обвинитель — это поддерживающее от имени государства обвинение в суде по уголовному делу должностное лицо органа прокуратуры, а по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, также дознаватель или следователь (см. п. 4 комм. к ст. 5).

2. Участие государственного обвинителя обязательно в судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения, поскольку без этого невозможно обеспечить состязательность процесса. Кроме того, именно государственный обвинитель начинает судебное следствие, излагая предъявленное подсудимому обвинение (ч. 1 ст. 273).

3. Государственный обвинитель в судебном разбирательстве является стороной обвинения, а не органом надзора за законностью. Поэтому он, в частности, высказывает суду лишь свое *мнение* по вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, а не дает *заключения*, как это имело место по УПК РСФСР (ч. 1 ст. 248).

4. Наряду с государственным обвинителем обвинение, в т.ч. по делам частно-публичного и публичного характера, вправе поддерживать потерпевший (п. 16 ч. 2 ст. 42). Это т.н. *добавочное (дополнительное) обвинение*, когда потерпевший наделен определенным объемом прав (по заявлению ходатайств и отводов, представлению и исследованию доказательств, участию в судебных прениях, обжалованию решений суда), но в случае отказа государственного обвинителя от поддержания обвинения не может продолжать поддерживать его самостоятельно. В УПК РСФСР (ч. 2 ст. 430) предусматривалось, что отказ прокурора от обвинения в суде с участием присяжных заседателей влечет прекращение дела лишь при *отсутствии возражений* со стороны потерпевшего. В новом УПК это положение не сохранено, что сужает гарантии потерпевшего по защите своих законных интересов.

5. Комм. статья различает *отказ* (полный или частичный) государственного обвинителя от обвинения (ч. 7) и *изменение* им обвинения (ч. 8). Отказ от обвинения может быть связан с убеждением обвинителя в отсутствии события преступления или состава преступления в деянии подсудимого (п. 1, 2 ст. 24) либо в непричастности его к совершению преступления, а также с истечением сроков давности уголовного преследования, смертью подсудимого, за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего; отсутствием заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению; обнаружением во время судебного разбирательства отсутствия заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1, 3—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448 УПК, либо отсутствия согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в п. 1 и 3—5 ч. 1 ст. 448 УПК (п. 1, 2 ст. 27; п. 3—6 ст. 24). Частичный отказ от обвинения может иметь место, когда названные основания касаются только некоторых вменявшихся ранее в вину эпизодов деятельности подсудимого либо только отдельных подсудимых, если их несколько. Отказ государственного обвинителя от обвинения влечет за собой полное или частичное прекращение уголовного дела или уголовного преследования. Вынесение оправдательного приговора в этом случае законом не предусмотрено[1].

Отказ от обвинения может быть заявлен вплоть до удаления суда в совещательную комнату, в т.ч. во время выступления в судебных прениях[2].

Изменение государственным обвинителем обвинения в смысле комм. статьи не ведет ни к полному, ни к частичному прекращению уголовного дела или уголовного преследования. Под исключением из юридической квалификации деяния признаков преступления, отягчающих наказание (п. 1 ч. 8 комм. статьи), следует понимать не исключение из обвинения обстоятельств, отягчающих наказание, предусмотренных ст. 63 *УК* и п. 7 ч. 1 ст. 220 УПК (они не охватываются квалификацией преступления), а признаков квалифицированного состава преступления, включающего предусмотренные соответствующей частью статьи уголовного закона отягчающие обстоятельства (например, признака особой жестокости, хулиганских побуждений при обвинении в убийстве по ч. 2 ст. 105 *УК* и т.п.).

Исключения из обвинения ссылки на какую-либо норму *УК* (п. 2 ч. 8 комм. статьи) является основанием для изменения государственным обвинителем обвинения только в том случае, если деяние подсудимого полностью охватывается составом другого преступления, которое изначально было указано (вменялось обвиняемому) в обвинительном заключении или обвинительном акте. Переквалификация деяния на новое преступление, обвинение в котором ранее не предъявлялось и не было указано в обвинительном заключении или акте, недопустима, т.к. это означало бы поворот обвинения к худшему ввиду нарушения права подсудимого на защиту (см. об этом комм. к ст. 252). Если же исключения из обвинения ссылки на норму *УК* вообще не сопровождается оставлением в нем ссылки на другое инкриминируемое подсудимому преступление, то в этом случае следуют полный отказ государственного обвинителя от обвинения и прекращение судом уголовного преследования (дела).

---

[1] См. определение ВС РФ № 78-003-12 по делу Ременюка.

[2] БВС РФ. 2003. № 7.

Переквалификация государственным обвинителем деяния в соответствии с нормой *УК*, предусматривающей более мягкое наказание (п. 3 ч. 8 комм. статьи), также означает изменение им обвинения. При этом, однако, следует учитывать общий запрет на изменение (поворот) обвинения к худшему, предусмотренный ч. 2 ст. 252. Если статья или часть статьи *УК*, на которую переходит обвинитель, хотя и предусматривает более мягкое наказание, но сопровождается существенным изменением фактических обстоятельств, изменение обвинения практически равнозначно отказу обвинителя от обвинения, поскольку в таком случае суд вынужден будет оправдать подсудимого по этому новому обвинению, дабы избежать нарушения права обвиняемого на защиту. Так, например, изменение обвинения в вымогательстве, предусмотренном п. «б» ч. 3 ст. 163 *УК* (в целях получения имущества в крупном размере), на п. «в» ч. 2 той же статьи (вымогательство с применением насилия) — это, без сомнения, переквалификация в соответствии с нормой, предусматривающей более мягкое наказание (ч. 3 ст. 163 *УК* предусматривает максимальное наказание до 15 лет лишения свободы, тогда как ч. 2 — лишь 7 лет). Однако новое обвинение существенно отличается по квалифицирующим признакам и фактической фабуле от прежнего, оно не было заранее известно и предъявлено обвиняемому, поэтому осуждение его по измененному таким образом обвинению было бы неправомерным.

6. В части 9 комм. статьи содержится запрет на пересмотр вышестоящим судом определения или постановления суда о прекращении уголовного дела ввиду отказа государственного обвинителя от обвинения иначе как при наличии новых или вновь открывшихся обстоятельств, что в целом соответствует состязательному построению процесса. Однако в некоторых случаях это может ущемлять законные права и интересы подсудимого, например в случае прекращения уголовного дела ввиду истечения сроков давности (п. 2 ч. 1 ст. 27 и п. 3 ч. 1 ст. 24), в то время как подсудимый настаивает на своей невиновности. Согласно ст. 8 Всеобщей декларации прав человека, принятой Резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10.12.48 г., «каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом». Решение о прекращении уголовного преследования в отношении лица, виновность которого не была установлена приговором суда, по такому нереабилитирующему основанию, как истечение сроков давности, не должно допускаться, во-первых, если обвиняемый против этого возражает (ч. 2 ст. 27 УПК), а во-вторых, не может исключаться из предмета кассационного или надзорного обжалования, т.к. это лишает подсудимого общепризнанного международного права *на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами*.

СТАТЬЯ 247
УЧАСТИЕ ПОДСУДИМОГО

1. Судебное разбирательство уголовного дела проводится при обязательном участии подсудимого, за исключением случаев, предусмотренных частями четвертой и пятой настоящей статьи *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

2. При неявке подсудимого рассмотрение уголовного дела должно быть отложено.

3. Суд вправе подвергнуть подсудимого, не явившегося без уважительных причин, приводу, а равно применить к нему или изменить ему меру пресечения.

4. Судебное разбирательство в отсутствие подсудимого может быть допущено в случае, если по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие.

5. В исключительных случаях судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в отсутствие подсудимого, который находится за пределами территории Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу.

6. Участие защитника в судебном разбирательстве, проводимом в соответствии с частью пятой настоящей статьи, обязательно. Защитник приглашается подсудимым. Подсудимый вправе пригласить несколько защитников. При отсутствии приглашенного подсудимым защитника суд принимает меры по назначению защитника.

7. В случае устранения обстоятельств, указанных в части пятой настоящей статьи, приговор или определение суда, вынесенные заочно, по ходатайству осужденного или его защитника отменяются в порядке, предусмотренном главой 48 настоящего Кодекса. Судебное разбирательство в таком случае проводится в обычном порядке.

(Части 5—7 введены ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ.)

1. Согласно подп. «d» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого Резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16.12.66 г., «каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника». Поэтому общим правилом в УПК РФ является то, что судебное разбирательство уголовного дела проводится при обязательном участии подсудимого. При неявке подсудимого рассмотрение уголовного дела должно быть отложено на определенный срок с одновременным вызовом подсудимого в судебное заседание, а к подсудимому, не явившемуся без уважительных причин, могут быть применены меры процессуального принуждения: привод, меры пресечения либо в отношении него может быть направлен запрос иностранному государству о выдаче (ст. 460). Если подсудимый скрылся, суд приостанавливает производство в отношении этого подсудимого до его розыска, о чем выносится постановление (ч. 3 ст. 253). Закон разрешает приостановление производства по делу и в том случае, если на момент подготовки к судебному заседанию место нахождения обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в судебном разбирательстве отсутствует (ч. 4 ст. 238 УПК РФ).

2. Однако УПК РФ допускает и случаи, когда судебное разбирательство проводится без участия подсудимого. Так, с согласия подсудимого судебное разбирательство без его участия может быть допущено в случае, если по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести *сам подсудимый ходатайствует* о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие. Это не разрешается, когда по ходатайству подсудимого проводится судебное заседание о постановлении приго-

вора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением — в этом случае участие подсудимого в судебном заседании обязательно (ч. 1 ст. 316).

3. В порядке исключения из общего правила судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться в его отсутствие при следующих условиях:

— подсудимый находится за пределами территории РФ и уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу (ч. 5 ст. 247);

— подсудимый уклоняется от явки в суд (ч. 5 ст. 247);

— имеется ходатайство *одной из сторон* о проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого (ч. 3 ст. 238).

Таким образом, заочное рассмотрение данной категории дел возможно и *без согласия* подсудимого, если об этом ходатайствует сторона обвинения.

По смыслу ч. 3 ст. 238 заочное рассмотрение по инициативе суда не допускается — для этого требуется ходатайство хотя бы одной из сторон.

4. Одно из условий для заочного рассмотрения дела состоит в том, чтобы подсудимый не был *привлечен к ответственности* на территории иностранного государства *по данному уголовному делу* (ч. 5 комм. статьи). Прежде всего, следует отметить, что по «данному уголовному делу», т.е. делу, возбужденному российскими правоохранительными органами, лицо иногда может быть привлечено к ответственности на иностранной территории, но только в тех случаях, когда материалы возбужденного и расследуемого уголовного дела направляются в компетентные органы иностранного государства для осуществления там уголовного преследования. Но это возможно лишь в случае совершения преступления на территории РФ *иностранным* гражданином, впоследствии оказавшимся за ее пределами (ст. 458), причем, очевидно, только при согласии на привлечение его к ответственности со стороны вышеупомянутых зарубежных органов. Можно полагать, что в ч. 5 комм. статьи на самом деле имеется в виду другая ситуация, а именно, когда по делу, намеченному к заочному рассмотрению в России, лицо не было привлечено к уголовной ответственности в иностранном государстве.

Возникает также вопрос, что понимать под привлечением к уголовной ответственности на территории иностранного государства? Поскольку это понятие применяется в данном случае в российском уголовном процессе, то в целях правовой определенности его следует толковать так же, как оно понимается в УПК РФ. Здесь оно, помимо ч. 5 ст. 247, терминологически используется лишь в двух ситуациях. Во-первых, в связи с выделением уголовного дела в отдельное производство в отношении несовершеннолетнего *подозреваемого* или обвиняемого, *привлеченного к уголовной ответственности* (п. 2 ч. 1 ст. 154), что указывает на привлечение к уголовной ответственности лица уже в момент признания его не только обвиняемым, но и подозреваемым. Во-вторых, данное понятие используется в контексте истечения сроков давности *привлечения к уголовной ответственности* (ч. 3 ст. 414). Принимая во внимание, что истечение сроков давности привлечения к уголовной ответственности закон именует также истечением сроков давности *уголовного преследования*, исключающего возбуждение уголовного дела (п. 3 ч. 1 ст. 24), можно заключить, что начало уголовного преследования конкретного лица, в т.ч. и при возбуждении в отно-

шении него как подозреваемого уголовного дела, и есть привлечение к уголовной ответственности. Показательна в этом отношении также ст. 23, в названии которой фигурирует синтезирующий оба понятия оборот — «привлечение к уголовному преследованию», а из текста самой статьи видно, что речь идет именно о возбуждении уголовного дела (по заявлению руководителя организации).

Следует иметь в виду, что привлечение к уголовной ответственности в зарубежных уголовно-процессуальных системах может происходить по-разному, однако, как правило, оно также практически совпадает с начальным моментом уголовного преследования конкретного лица. Так, в Англии и США оно имеет форму обращения полиции в суд с заявлением об обвинении (*information* — англ.) или за получением ордера на арест (*writ of capias*), что, по сути, равнозначно возбуждению уголовного преследования в отношении конкретного лица[1]. Во французском судопроизводстве первоначальное обвинение предъявляется при т.н. привлечении лица к рассмотрению дела (*mise en examen* — фр.), когда в отношении лица, привлекаемого к рассмотрению (*personne a l'encontre de laquelle),* собраны серьезные доказательства виновности, правдоподобно свидетельствующие о совершении им преступления, и оно вызывается либо доставляется к следственному судье[2]. В немецком уголовном процессе обвиняемый появляется уже в силу формирования у органа, осуществляющего уголовное преследование, т.н. *начального* подозрения в совершении лицом преступления, что находит выражение в допросе этого лица как обвиняемого (подозреваемого) либо в результате применения к нему мер принуждения[3].

Представляется, что названные действия и означают на территории соответствующих иностранных государств привлечение лица к уголовной ответственности, что исключает заочное рассмотрение уголовного дела в российском суде.

5. В силу ч. 4 ст. 253 приостановление производства в случае заочного рассмотрения по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях не допускается. При этом следует особо обратить внимание на то, что положения ст. 253, в отличие от ст. 238 УПК, регулирующей приостановление производства на предварительном слушании, не препятствуют приостановлению производства по делу в стадии судебного разбирательства в случае тяжелого заболевания обвиняемого, если оно подтверждается *медицинским заключением*. Кроме того, приостановление производства в этих случаях также обязательно на основании ст. 101, 103 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае направления судом запроса в Конституционный Суд о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ.

6. В случае отпадения названных обстоятельств (т.е. при явке подсудимого для участия в судебном разбирательстве или при привлечении данного лица к уголовной ответственности на территории иностранного государства), приговор или определение суда, вынесенные заочно, по ходатайству осужденного или его защитника отменяются в надзорном порядке. Если подсудимый явился для участия в судебном разбирательстве, дело возвращается судом надзорной инстанции на новое судебное рассмотрение. Новое судебное разбирательство в таком случае проводится в обыч-

---

[1] См.: *Пешков М.А.* Арест и обыск в уголовном процессе США. М., 1998. С. 29.

[2] См.: *Гуценко К.Ф., Головко Л.В., Филимонов Б.А.* Уголовный процесс западных государств. М., 2001. С. 334—335.

[3] См.: *Бойльке В.* Уголовно-процессуальное право ФРГ. Красноярск, 2004. С. 79.

ном порядке. При этом подсудимый, участвуя в судебном заседании, может реализовать свое право на допрос показывающих против него свидетелей.

7. Представляется, что в любом случае рассмотрение дела судом в отсутствие подсудимого допустимо только тогда, когда на предварительном расследовании обвинение ему было предъявлено *лично*, в порядке, предусмотренном ст. 172 или ч. 2 ст. 225. Кроме того, УПК РФ требует и личного ознакомления обвиняемого с материалами оконченного предварительного расследования (ст. 217, ч. 2 ст. 225). Очевидно, что при невыполнении этих условий суд должен возвратить дело прокурору на основании п. 1 ч. 1 ст. 237 (с учетом конституционно-правового смысла, которому придал этому основанию Конституционный Суд РФ[1]) для устранения допущенных в досудебном производстве существенных процессуальных нарушений (см. об этом комм. к ст. 237).

СТАТЬЯ 248
УЧАСТИЕ ЗАЩИТНИКА

1. Защитник подсудимого участвует в исследовании доказательств, заявляет ходатайства, излагает суду свое мнение по существу обвинения и его доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или оправдывающих его, о мере наказания, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства.

2. При неявке защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается. Замена защитника производится в соответствии с частью третьей статьи 50 настоящего Кодекса.

3. В случае замены защитника суд предоставляет вновь вступившему в уголовное дело защитнику время для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. Замена защитника не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в суде. По ходатайству защитника суд может повторить допросы свидетелей, потерпевших, экспертов либо иные судебные действия.

1. Защитник вправе не только участвовать в исследовании доказательств, но так же, как государственный обвинитель (ч. 5 ст. 246), и *представлять* их в судебном заседании в силу положения о равенстве прав сторон (ст. 244). Защитник излагает свое мнение по существу обвинения и его доказанности во вступительном заявлении в начале судебного следствия (ч. 2 ст. 273, ч. 1—3 ст. 335), а также в своем выступлении в судебных прениях. О способах собирания доказательств защитником см. комм. к ст. 86.

2. В соответствии со ст. 6 ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в ходе судебного разбирательства защитник-адвокат не вправе, в частности:

а) занимать по делу позицию вопреки воле доверителя (подсудимого), за исключением случаев, когда он убежден в том, что доверитель себя оговаривает;

---

[1] Пункт 4 Постановления КС РФ от 08.12.2003 г. № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан. // РГ. 23.12.2003.

б) делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает;

в) разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя;

г) отказаться от принятой на себя защиты.

3. О порядке замены защитника в случае его неявки см. комм. к ст. 50.

4. В Основных принципах относительно роли адвокатов (1990 г.) указано, что, «защищая права своих клиентов и содействуя осуществлению правосудия, адвокаты должны стремиться к укреплению признанных национальным и международным правом прав человека и основных свобод; они должны всегда действовать свободно и проявлять усердие в соответствии с законом, а также с принятыми стандартами и этическими нормами адвокатской профессии... Адвокаты должны пользоваться иммунитетом от гражданских исков и уголовного преследования по поводу своих утверждений, добросовестно сделанных в устных или письменных заявлениях перед судом...» (п. 14, 20).

СТАТЬЯ 249
УЧАСТИЕ ПОТЕРПЕВШЕГО

1. Судебное разбирательство происходит при участии потерпевшего и (или) его представителя, если иное не предусмотрено частями второй и третьей настоящей статьи.

2. При неявке потерпевшего суд рассматривает уголовное дело в его отсутствие, за исключением случаев, когда явка потерпевшего признана судом обязательной.

3. По уголовным делам частного обвинения неявка потерпевшего без уважительных причин влечет за собой прекращение уголовного дела по основанию, предусмотренному пунктом 2 части первой статьи 24 настоящего Кодекса.

1. В судебном заседании потерпевший, во-первых, участвует в поддержании обвинения, защищая свои права и законные интересы; а во-вторых, является источником доказательственной информации. При этом его интересы не всегда полностью совпадают с публичными интересами государственного обвинителя, в связи с чем закон предусматривает необходимость участия потерпевшего в судебном разбирательстве. О роли потерпевшего в судебном разбирательстве см. также п. 4 комм. к ст. 246.

2. Потерпевший должен быть заранее извещен о месте и времени судебного заседания. При его неявке суд решает вопрос о разбирательстве дела или отложении его, в зависимости от того, возможны ли в отсутствие потерпевшего полное выяснение всех обстоятельств дела и защита его прав и законных интересов. Предварительно суд заслушивает мнение государственного обвинителя, подсудимого, защитника, других потерпевших, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей о возможности рассмотрения дела в отсутствие неявившегося потерпевшего. Когда явка потерпевшего признана судом обязательной, рассмотрение дела откладывается. Если при этом причина неявки вызванного в судебное заседание потерпевшего признана судом неуважительной, он может быть подвергнут приводу (ст. 113). Наруше-

ние права потерпевшего на участие в судебном разбирательстве и выступление в судебных прениях признается основанием для отмены приговора[1].

3. Неявка потерпевшего без уважительных причин по делам частного обвинения считается его отказом от поддержания обвинения и влечет прекращение дела судом. Вместе с тем частным обвинителем по делам данной категории может быть не только потерпевший, но и законный представитель несовершеннолетнего потерпевшего (ч. 1 ст. 318). В этом случае неявка потерпевшего при условии явки частного обвинителя, как представляется, не исключает рассмотрения дела.

СТАТЬЯ 250
УЧАСТИЕ ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА ИЛИ ГРАЖДАНСКОГО ОТВЕТЧИКА

1. В судебном разбирательстве участвуют гражданский истец, гражданский ответчик и (или) их представители.

2. Суд вправе рассмотреть гражданский иск в отсутствие гражданского истца, если:

1) об этом ходатайствует гражданский истец или его представитель;

2) гражданский иск поддерживает прокурор;

3) подсудимый полностью согласен с предъявленным гражданским иском.

3. В остальных случаях суд вправе оставить гражданский иск без рассмотрения. В этом случае за гражданским истцом сохраняется право предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства.

1. В комм. статье по сравнению с УПК РСФСР (ст. 252) появилось такое новое основание для рассмотрения иска в отсутствие гражданского истца, как согласие подсудимого с предъявленным гражданским иском. Отсюда вытекает, что при согласии *гражданского ответчика* (если он не совпадает с подсудимым) с предъявленным ему иском суд не может рассмотреть иск в отсутствие гражданского истца, что не имеет под собой каких-либо рациональных оснований.

2. Исключено из оснований для рассмотрения иска в отсутствие гражданского истца усмотрение самого суда, однако в ч. 3 комм. статьи говорится, что в *остальных* (т.е. не перечисленных в ч. 2) случаях суд *вправе* при неявке гражданского истца или его представителя оставить гражданский иск без рассмотрения. Но упоминание о праве суда означает, что суд *не обязан* и «в остальных случаях» оставлять гражданский иск без рассмотрения при неявке гражданского истца. Это лишает положения ч. 2 комм. статьи всякого практического значения, поэтому, на наш взгляд, ч. 3 следует толковать в том смысле, что в случаях, не предусмотренных ч. 2, при неявке гражданского истца или его представителя суд не только вправе, но и обязан оставить гражданский иск без рассмотрения.

3. В комм. статье не сказано, каковы последствия неявки в судебное заседание гражданского ответчика. В УПК РСФСР предусматривалось, что неявка гражданского ответчика или его представителя не останавливает рассмотрения гражданского иска (ч. 4 ст. 252), однако из УПК РФ это предписание исключено, а из содержания комм. статьи, на первый взгляд, можно было бы сделать вывод, что участие гражданского

[1] См. Определение СК по УД ВС РФ № 19-кпо02-79сп по делу Ажиговой.

ответчика в судебном разбирательстве не знает исключений. Однако откладывать рассмотрение иска, а значит, и всего дела ввиду неявки ответчика было бы явно нецелесообразно. Представляется, что по аналогии с порядком, существующим в гражданско-процессуальном праве, уголовный суд вправе не откладывать рассмотрение иска, а значит, и всего дела ввиду неявки гражданского ответчика. Для рассмотрения иска судом в уголовном процессе не имеют значения причины неявки в судебное заседание гражданского ответчика, впрочем, как и гражданского истца. Это объясняется второстепенным значением гражданско-правового спора для уголовного судопроизводства, где главным предметом является вопрос об уголовной ответственности, а также сохранением за гражданским истцом и гражданским ответчиком возможности защищать свои имущественные права в порядке гражданского судопроизводства.

СТАТЬЯ 251
УЧАСТИЕ СПЕЦИАЛИСТА

Вызванный в суд специалист участвует в судебном разбирательстве в порядке, установленном статьями 58 и 270 настоящего Кодекса.

Об участии специалиста в судебном разбирательстве см. п. 2 комм. к ст. 58.

СТАТЬЯ 252
ПРЕДЕЛЫ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

1. Судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого и лишь по предъявленному ему обвинению.

2. Изменение обвинения в судебном разбирательстве допускается, если этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается его право на защиту.

1. Судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого, т.е. лица, в отношении которого на предварительном расследовании было вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого или обвинительный акт (ч. 1 ст. 47). Использование в ч. 1 комм. статьи термина «обвиняемый», а не «подсудимый» не случайно — законодатель тем самым подчеркнул, что проведение судебного разбирательства правомерно в отношении лишь тех лиц, которые имели возможность в полном объеме воспользоваться процессуальными гарантиями права на защиту, предоставленными на досудебном производстве обвиняемому. Другими словами, пределы судебного разбирательства ограничены кругом тех лиц, которые фигурировали в качестве обвиняемых в обвинительном заключении (ст. 220) или обвинительном акте (ст. 225).

2. По смыслу ч. 1 комм. статьи судебное разбирательство проводится лишь по предъявленному обвинению, т.е. обвинению, предъявленному лицу на предварительном расследовании в форме постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта, а в случае предварительного следствия — и в виде обвинительного заключения (ч. 2 ст. 222). Вместе с тем согласно ч. 8 ст. 246 государственный обвинитель до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора может также изменить обвинение в сторону смягчения, что не сопровождается предъявлением подсудимому измененного таким образом обвинения. Кроме того, судья в ходе

предварительного слушания может частично прекратить уголовное дело (ст. 239), в связи с чем предметом судебного разбирательства будет являться лишь часть предъявленного обвиняемому обвинения, а именно то, которое указано в постановлении судьи о назначении судебного заседания.

3. В части 2 комм. статьи установлено т.н. *правило о недопустимости поворота обвинения к худшему,* являющееся гарантией права обвиняемого на защиту. Изменение обвинения в судебном разбирательстве допускается, если этим а) не ухудшается положение подсудимого; б) не нарушается его право на защиту. Строго говоря, нарушение права на защиту также в широком смысле означает ухудшение положения обвиняемого и наоборот — ухудшение положения обвиняемого в смысле комм. статьи нарушает право обвиняемого на защиту. В узком смысле ухудшение положения обвиняемого заключается в изменении обвинения на *более тяжкое*. Более тяжким будет считаться:

а) обвинение в совершении преступления, за которое уголовным законом установлена *более суровая ответственность*. Если верхние пределы санкций статей уголовного закона неодинаковы, более тяжким будет считаться обвинение по статье *УК*, предусматривающей более высокую верхнюю границу наказания либо более суровый вид наказания. Если верхние пределы санкций одинаковы, принимаются в расчет нижние их пределы. При этом более тяжким будет считаться обвинение по статье *УК*, предусматривающей более высокую нижнюю санкцию;

б) обвинение, *юридическая квалификация* которого включает по сравнению с прежней новые составы преступлений (например, при идеальной совокупности преступлений), ранее не вменявшиеся обвиняемому;

в) обвинение, которое позволяет признать наличие опасного или особо опасного рецидива (ст. 18 *УК*).

Под нарушением права обвиняемого на защиту понимается такое изменение обвинения, при котором новое обвинение существенно отличается по фактическим обстоятельствам от ранее предъявленного, т.е. если это влечет за собой изменение представлений о времени, месте, способе и других обстоятельствах совершения преступления, влияющих на квалификацию деяния либо могущих повлиять на вид и меру наказания. Переход к такому новому обвинению в судебном разбирательстве лишает подсудимого возможности и времени на то, чтобы всесторонне обдумать обвинение, избрать оптимальную позицию защиты, заявить ходатайства о получении дополнительных оправдательных доказательств, т.е. нарушает его положение с точки зрения реализации права на защиту. Существенное изменение обвинения с фактической стороны ухудшает положение обвиняемого по критерию нарушения права на защиту не только тогда, когда в результате обвинение становится более тяжким, но даже в том случае, если измененное обвинение становится более мягким (см. об этом п. 5 комм. к ст. 246).

4. В связи с упразднением института возвращения дела судом для дополнительного расследования самостоятельное значение приобретает вопрос о том, какое решение должен принять суд, если в ходе судебного разбирательства будут *с несомненностью* установлены основания для изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся по фактическим обстоятельствам по сравнению с тем, которое было предъявлено обвиняемому и указано в постановлении о назначении судебного заседания. Например в судебном разбирательстве по делу по обвинению лица

в простом убийстве (ч. 1 ст. 105 *УК*) было неопровержимо доказано, что на самом деле убийство было совершено с особой жестокостью, группой лиц и из корыстных побуждений или по найму (п. «д», «ж», «з» ч. 2 ст. 105 *УК*). Поскольку поворот обвинения к худшему в суде запрещен, суд не вправе вынести обвинительный приговор, скорректировав обвинение в истинную, но неблагоприятную для обвиняемого сторону.

Не годится для решения этой проблемы и институт возвращения судом дела прокурору для исправления допущенных процессуальных нарушений, поскольку Конституционный Суд РФ исходит из правовой позиции, согласно которой такое исправление допущенных нарушений не должно сводиться: к установлению органами предварительного расследования новых фактических обстоятельств дела; к доказыванию виновности обвиняемых; к дополнению ранее предъявленного обвинения; к переквалификации деяний (см. об этом комм. к ст. 237).

Судебная практика в настоящее время фактически исходит из того, что обвинительный приговор в этих случаях может быть вынесен по старому, указанному в постановлении о назначении судебного заседания, обвинению[1]. По всей видимости, мы сталкиваемся в подобных делах с новой, ранее не известной российскому уголовному процессу разновидностью «презумпции невиновности». Обычно презумпция невиновности является *презумпцией-предположением* и связывается законом с недоказанностью виновности и наличием неустранимых сомнений (ч. 1 ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК РФ). В данной же ситуации виновность подсудимого по более тяжкому или существенно отличающемуся по фактической стороне обвинению может быть *полностью доказана* в судебном разбирательстве и не вызывать у суда никаких сомнений, однако подсудимый, тем не менее, по «новому» обвинению не может считаться виновным, поскольку его виновность не может быть признана судом в силу действия правила о недопустимости поворота обвинения к худшему. Такая презумпция, по существу, является *презумпцией-фикцией.* Но легитимность подобной презумпции вызывает сомнения, поскольку согласно ч. 4 ст. 302 УПК «обвинительный приговор не может быть *основан на предположениях* и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления *подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств*». Тем более, обвинительный приговор не должен основываться на заведомой неправде и явно противоречить исследованным в суде доказательствам. При мотивировании такого приговора суд будет испытывать серьезные трудности, поскольку его выводы не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании, что является основанием для отмены приговора как необоснованного и незаконного (п. 1 ст. 380).

Где же выход? На наш взгляд, в плане совершенствования действующего законодательства он мог бы состоять в предоставлении стороне защиты необходимого времени для надлежащего ознакомления в суде с материалами дела или измененным обвинением, в т.ч. и в сторону его ухудшения (с отложением судебного заседания на необходимый срок). При этом было бы возможно и проведение по ходатайству защиты дополнительных судебных следственных действий, а также (по примеру француз-

---

[1] См., например: кассационное определение СК по УД ВС РФ от 03.08.2005 г. по делу № 56-о05-48 // Информационно-справочная система «КонсультантПлюс», 2006.

ского судопроизводства) введение института отдельных судебных поручений органам предварительного расследования, благодаря которым, не передавая дело для проведения дополнительного расследования, суд и стороны могут получать сведения о фактических обстоятельствах, необходимых для обеспечения права обвиняемого на защиту. И только в том случае, когда защита изначально заявит о своем несогласии с поворотом обвинения к худшему непосредственно в суде, дело сможет быть направлено (фактически, с согласия стороны защиты) на дополнительное расследование для перепредъявления обвинения. Во всяком случае, последнее слово остается за законодателем.

СТАТЬЯ 253
ОТЛОЖЕНИЕ И ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

1. При невозможности судебного разбирательства вследствие неявки в судебное заседание кого-либо из вызванных лиц или в связи с необходимостью истребования новых доказательств суд выносит определение или постановление о его отложении на определенный срок. Одновременно принимаются меры по вызову или приводу неявившихся лиц и истребованию новых доказательств.

2. После возобновления судебного разбирательства суд продолжает слушание с того момента, с которого оно было отложено.

3. Если подсудимый скрылся, за исключением случая, указанного в части четвертой настоящей статьи, а также в случае его психического расстройства или иной тяжелой болезни, исключающей возможность явки подсудимого, суд приостанавливает производство в отношении этого подсудимого соответственно до его розыска или выздоровления и продолжает судебное разбирательство в отношении остальных подсудимых. Если раздельное судебное разбирательство препятствует рассмотрению уголовного дела, то все производство по нему приостанавливается. Суд выносит определение или постановление о розыске скрывшегося подсудимого *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

4. При наличии оснований, указанных в части пятой статьи 247 настоящего Кодекса, по ходатайству сторон судебное разбирательство проводится в отсутствие подсудимого. О проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого суд выносит определение или постановление *(ч. 4 введена ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

1. Новацией по сравнению с УПК РСФСР (ст. 257), является требование закона об отложении судебного разбирательства лишь на определенный срок, что направлено против судебной волокиты и на обеспечение срочности судебной защиты прав и законных интересов граждан. Вместе с тем в комм. статье говорится о принятии судом решения об отложении судебного разбирательства лишь при невозможности судебного разбирательства вследствие неявки в судебное заседание кого-либо из вызванных лиц или в связи с необходимостью истребования новых доказательств. Однако на практике нередки и другие случаи, когда провести судебное разбирательство, назначенное судьей или судом на определенное время, бывает невозможно, например, ввиду болезни судьи, занятости его в другом процессе и т.д. Обычно в подобных обстоятельствах на практике объявляется о «снятии дела с рассмотрения» и переносе

его слушания на другое, порой неопределенное время без вынесения какого-либо судебного решения. Это неправомерно препятствует срочности и регулярности судебного разбирательства и, кроме того, исключает для сторон возможность обжалования в вышестоящий суд непроцессуального отложения судебного разбирательства. Представляется, что в подобных случаях председатель суда своим письменным распоряжением должен передать дело для рассмотрения другому судье или другому составу суда.

2. Решение об отложении судебного разбирательства на определенный срок принимается, в частности, и в связи с необходимостью истребования новых доказательств, в т.ч. для проведения судебной экспертизы.

3. Положение, содержащееся в ч. 2 комм. статьи о том, что после возобновления судебного разбирательства суд продолжает слушание с того момента, с которого оно было отложено, означает отказ от *принципа непрерывности* судебного заседания, который был предусмотрен УПК РСФСР (ч. 2 ст. 240). В соответствии с этим принципом при возобновлении судебного разбирательства судебное разбирательство должно было начинаться с самого начала, что обеспечивало целостность и полноту впечатления судей и сторон от исследованных в судебном заседании доказательств. Нередко суды откладывают рассмотрение дел на весьма длительные сроки, порой неоднократно. В промежуток между заседаниями по данному делу они рассматривают ряд других дел, что способно изгладить или смешать в памяти судей важные детали в показаниях подсудимого, потерпевшего, свидетелей и т.д. В результате судьи иногда выносят решение по делу фактически не на основании оценки судебных доказательств по делу в их совокупности, а руководствуясь письменными материалами, отрывочными воспоминаниями, оставшимися от прошлых заседаний, а также отдельными (а потому, возможно, односторонними) доказательствами, исследованными в последнем заседании. Представляется, что комм. новация может оказать отрицательное влияние на непосредственность исследования доказательств в суде и, как следствие этого, обоснованность принимаемых решений.

4. В случае психического расстройства подсудимого могут приниматься решения не только о приостановлении судебного производства по делу, как это можно понять из буквального содержания п. 3 комм. статьи, но и о применении к подсудимому принудительных мер медицинского характера или о прекращении уголовного дела (ст. 443) (см. об этом комм. к ст. 238).

5. Судебное разбирательство по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях может проводиться и без согласия подсудимого в его отсутствие при следующих условиях: а) подсудимый находится за пределами территории РФ и уклоняется от явки в суд, — если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу; б) подсудимый уклоняется от явки в суд (ч. 5 ст. 247). Приостановление производства по делу в этих случаях не допускается. Однако следует отметить, что положения комм. статьи, регулирующие приостановление производства в судебном разбирательстве, в отличие от ст. 238, где речь идет о приостановлении производства на предварительном слушании, фактически не препятствуют приостановлению производства по делу в стадии судебного разбирательства в случае *тяжелого заболевания обвиняемого*, если оно подтверждается медицинским заключением. Также в комм. статье не содержится запрета приостанавливать производство в стадии судебного разбирательства при заоч-

ном рассмотрении дела на основании ст. 101, 103 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае направления судом запроса в Конституционный Суд о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ. См. также комм. к ст. 247.

СТАТЬЯ 254
ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ

Суд прекращает уголовное дело в судебном заседании:

1) в случаях, если во время судебного разбирательства будут установлены обстоятельства, указанные в пунктах 3—6 части первой, в части второй статьи 24 и пунктах 3—6 части первой статьи 27 настоящего Кодекса;

2) в случае отказа обвинителя от обвинения в соответствии с частью седьмой статьи 246 или частью третьей статьи 249 настоящего Кодекса;

3) в случаях, предусмотренных статьями 25 и 28 настоящего Кодекса.

1. Для прекращения уголовного дела в судебном заседании предусмотрены практически те же основания, что и на предварительном слушании в стадии подготовки к судебному заседанию (см. о них комм. к ст. 239). Кроме того, суд может прекратить уголовное дело по основаниям ч. 2 ст. 443 в отношении лица, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, если оно не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести.

2. Прекращение уголовного дела судом в судебном заседании ввиду истечения сроков давности уголовного преследования (п. 3 ч. 1 ст. 24) и вследствие акта об амнистии (п. 3 ч. 1 ст. 27) противоречит положениям ч. 8 ст. 302 о том, что суд в этих случаях продолжает рассмотрение уголовного дела в обычном порядке до его разрешения по существу и *постановляет обвинительный приговор с освобождением осужденного от наказания*. На наш взгляд, преимущество имеет последняя норма. С точки зрения целей уголовного судопроизводства она более рациональна, ибо в большей степени защищает права обвиняемого, который может быть более заинтересован в использовании шанса на оправдание по реабилитирующему основанию (который имеет место, если судебное разбирательство продолжается до разрешения дела *по существу*), нежели в прекращении дела по названным нереабилитирующим основаниям.

3. Аналогичным образом п. 1 комм. статьи не препятствует суду продолжить судебное разбирательство до разрешения дела *по существу*, если до вынесения приговора уголовным законом устраняется преступность и наказуемость инкриминируемого обвиняемому деяния, и не лишает обвиняемого права на доступ к правосудию и права на эффективную судебную защиту в установленных законом процессуальных формах[1]. Обращает на себя внимание тот факт, что среди оснований для прекращения

[1] См. определения КС РФ: от 05.11.2004 г. № 359-О по жалобе гражданина Передерия М.Г. на нарушение его конституционных прав ч. 4 ст. 47 и п. 1 ст. 254 УПК РФ (СЗ РФ. 2004. № 52 (ч. III). Ст. 5586); от 05.11.2004 № 361-О по жалобе гражданина Филиппова В.Т. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 24, ч. 4 ст. 133, ст. 239 и п. 1 ст. 254 УПК РФ (Вестник КС РФ. 2005. № 2).

дела в судебном заседании вообще не упоминается такое основание прекращения дела, как устранение новым уголовным законом преступности и наказуемости деяния (ч. 2 ст. 24). Следовательно, суд в этом случае не только вправе, но и обязан рассмотреть дело по существу и вынести оправдательный приговор ввиду отсутствия в деянии состава преступления (п. 3 ч. 1 ст. 302). Однако представляется, что в таком случае по аналогии с ч. 4 ст. 133 право лица на реабилитацию в порядке гл. 18 УПК не возникает.

4. В соответствии с принципами состязательности для суда ныне имеет обязательное значение такое предусмотренное п. 5 ч. 1 ст. 27 основание для прекращения уголовного дела, как наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления *органа дознания, следователя или прокурора* о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела. Если суд придет к выводу, что дело или уголовное преследование было прекращено на предварительном расследовании незаконно или необоснованно, он, тем не менее, не вправе принять решение по своему внутреннему убеждению, т.е. отказаться от прекращения уголовного дела, поскольку рассмотрение дела и вынесение судом обвинительного приговора при неотмененном решении обвинительной власти об отказе от уголовного преследования делало бы суд уголовным преследователем, что противоречит ст. 15 УПК.

5. По смыслу комм. статьи суд может прекратить только уголовное дело, а не уголовное преследование, ибо прекратить преследовать может только уголовный преследователь (обвинитель), а не суд. В связи с этим возможно и частичное прекращение уголовного дела судом (например, если основания прекращения относятся не ко всем подсудимым).

СТАТЬЯ 255
РЕШЕНИЕ ВОПРОСА О МЕРЕ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. В ходе судебного разбирательства суд вправе избрать, изменить или отменить меру пресечения в отношении подсудимого.

2. Если заключение под стражу избрано подсудимому в качестве меры пресечения, то срок содержания его под стражей со дня поступления уголовного дела в суд и до вынесения приговора не может превышать 6 месяцев, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи.

3. Суд, в производстве которого находится уголовное дело, по истечении 6 месяцев со дня поступления уголовного дела в суд вправе продлить срок содержания подсудимого под стражей. При этом продление срока содержания под стражей допускается только по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях и каждый раз не более чем на 3 месяца.

4. Решение суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей может быть обжаловано в кассационном порядке. Обжалование не приостанавливает производство по уголовному делу.

1. В частях 2 и 3 комм. статьи предусмотрена лишь такая ситуация, когда в суд поступает дело, по которому обвиняемому уже избрана мера пресечения — заключение под стражу, поэтому 6-месячный срок содержания под стражей исчисляется

со дня поступления уголовного дела в суд. Однако согласно п. 6 ч. 2 ст. 231, ч. 3 ст. 247 и ч. 1 комм. статьи суд может избрать в отношении подсудимого меру пресечения — заключение под стражу как в стадии подготовки дела к судебному заседанию, так и в ходе судебного разбирательства. УПК РФ не дает ответа на вопрос, с какого момента должен при этом исчисляться срок содержания под стражей. Очевидно, в подобных случаях начало указанного срока должно исчисляться с момента заключения подсудимого под стражу судом.

2. По смыслу комм. статьи (в частности, из того, что до вынесения приговора срок содержания под стражей подсудимого не может превышать 6 месяцев) продление судом указанного срока — каждый раз не более чем на 3 месяца — должно иметь характер исключения из общего правила. В отличие от УПК РСФСР (ст. 239[1]) такое продление допускается только по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, т.е. таких умышленных преступлениях, наказание за которые превышает соответственно 5 и 10 лет лишения свободы (ст. 15 *УК*). Новацией по сравнению со ст. 239[1] УПК РСФСР является и то, что предельный срок такого продления законом не ограничен.

Кроме того, более не упоминается о том, что суд продлевает срок содержания подсудимого под стражей не только по своей инициативе, но и по ходатайству прокурора. Следует иметь в виду, что Конституционный Суд РФ постановил: «Адресованное суду требование не реже чем через три месяца возвращаться к рассмотрению вопроса о наличии оснований для дальнейшего содержания подсудимого под стражей, *независимо от того, имеются ли на этот счет какие-либо обращения сторон или нет*, обеспечивает судебный контроль за законностью и обоснованностью применения этой меры пресечения и ее отмену в случае, если необходимость в ней не будет доказана»[1]. Представляется, однако, что суд не должен проявлять первоочередной инициативы при избрании в отношении подсудимого мер пресечения и продлении срока содержания под стражей, поскольку это не согласуется с его ролью как органа правосудия, а также суд не является органом уголовного преследования (ст. 15). Инициатива в принятии судом такого решения должна, на наш взгляд, прежде исходить от стороны обвинения, и только во вторую очередь — при соблюдении условий *субсидиарной активности* — от самого суда (см. об этом п. 2 комм. к ст. 244).

3. Исключительность обстоятельств, по которым допускается продление срока, должно быть мотивировано судом в решении о продлении срока. Основанием для продления должны быть не общие предположения о том, что освобождение подсудимого из-под стражи существенно затруднит всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела и т.п., а конкретные доказательства, указывающие на сохранение оснований, указанных в ст. 97 УПК.

4. Ограничение свободы и личной неприкосновенности возможно только по судебному решению, принимаемому судом в *судебном заседании* на основе исследования конкретных обстоятельств уголовного дела при обеспечении подсудимому возможности довести до суда свою позицию. Это условие распространяется на все судебные решения, касающиеся данной меры пресечения: как при первичном ее при-

---

[1] См. Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений УПК РФ, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан // РГ. 01.04.2005.

менении, так и при продлении срока содержания под стражей[1]. Решение суда о мере пресечения в данной стадии принимается по правилам ст. 256 УПК, т.е. всем составом суда с участием сторон в судебном заседании[2].

5. Решение суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей может быть обжаловано в кассационном и надзорном[3] порядке. Вместе с жалобой или протестом в вышестоящий суд представляются копия определения (постановление) суда и материалы уголовного дела, которые явились основанием для принятия судебного решения о продлении срока содержания под стражей.

В комм. статье не содержится ранее действовавшее положение (ч. 5 ст. 239[1] УПК РСФСР) о том, что поступившая кассационная жалоба должна быть рассмотрена в течение *10 дней* со дня поступления указанных материалов в суд. Согласно же ст. 374 рассмотрение уголовного дела судом кассационной инстанции должно быть начато не позднее *одного месяца* со дня его поступления в суд кассационной инстанции, что в данной ситуации является слишком долгим сроком и в значительной мере затрудняет своевременную защиту прав и законных интересов обвиняемого. Представляется, что было бы целесообразно предусмотреть в законодательном порядке, по аналогии с ч. 11 ст. 108, что постановление судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или об отказе в этом может быть обжаловано в вышестоящий суд в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения, а суд кассационной инстанции должен принимать решение по жалобе или представлению не позднее чем через 3 суток со дня их поступления. Основанием для такого предложения является то соображение, что гарантии конституционного права на неприкосновенность личности в судебных стадиях не должны быть меньшими, чем на предварительном расследовании.

6. Период после вынесения приговора до вступления его в законную силу (в т.ч. до рассмотрения в апелляционном или кассационном порядке жалобы или представления) в 6-месячный срок содержания осужденного под стражей не входит[4].

7. При отмене кассационной инстанцией приговора с направлением уголовного дела на новое судебное разбирательство в отношении подсудимого, содержащегося под стражей, суд первой инстанции принимает решение о его освобождении из-под стражи в случаях, когда истек 6-месячный срок содержания под стражей по делу о преступлении небольшой или средней тяжести. Если же отменен приговор по делу о тяжком или особо тяжком преступлении с направлением дела на новое судебное разбирательство, суд первой инстанции должен решить вопрос о мере пресечения, имея в виду, что по делам этой категории закон при наличии к тому оснований допускает продление этого срока (ч. 3 ст. 255 УПК РФ). О принятом решении суд уведомляет администрацию следственного изолятора по месту содержания подсудимого под стражей[5].

---

[1] См. Определение КС РФ от 20.10.2005 г. № 372-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ефименко С.А. на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 255 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс», 2006.

[2] См. названное выше Постановление КС РФ от 22.03.2005 г. № 4-П // РГ. 01.04.2005 г.; определение СК по УД ВС РФ по делу Переведенцева // БВС РФ. 2003. № 7.

[3] См. п. 31 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // БВС РФ. 2004. № 5.

[4] См. п. 26 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г. № 1.

[5] См. там же.

8. По смыслу ч. 5 ст. 388 кассационное определение, в соответствии с которым подсудимый подлежит освобождению из-под стражи, должно исполняться немедленно, если подсудимый участвовал в заседании суда кассационной инстанции. В иных случаях копия кассационного определения или выписка из резолютивной части кассационного определения в части освобождения подсудимого из-под стражи направляется администрации места содержания под стражей для немедленного исполнения.

СТАТЬЯ 256
ПОРЯДОК ВЫНЕСЕНИЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ, ПОСТАНОВЛЕНИЯ

1. По вопросам, разрешаемым судом во время судебного заседания, суд выносит определения или постановления, которые подлежат оглашению в судебном заседании.

2. Определение или постановление о возвращении уголовного дела прокурору в соответствии со статьей 237 настоящего Кодекса, о прекращении уголовного дела, об избрании, изменении или отмене меры пресечения в отношении подсудимого, о судебном разбирательстве в случае, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса, в отсутствие подсудимого, о продлении срока содержания его под стражей, об отводах, о назначении судебной экспертизы выносится в совещательной комнате и излагается в виде отдельного процессуального документа, подписываемого судьей или судьями, если уголовное дело рассматривается судом коллегиально. Все иные определения или постановления по усмотрению суда выносятся в зале судебного заседания и подлежат занесению в протокол *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)***.**

1. В соответствии с ч. 4 ст. 7, независимо от того, излагается определение или постановление суда в виде отдельного процессуального документа, принятого в совещательной комнате, или оформляется занесением в протокол при вынесении в зале судебного заседания, оно обязательно должно быть мотивированным (см. об этом комм. к ст. 7).

2. Об оглашении определения или постановления, вынесенного в совещательной комнате и имеющего форму отдельного процессуального документа, также делается запись в протоколе судебного заседания.

СТАТЬЯ 257
РЕГЛАМЕНТ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. При входе судей все присутствующие в зале судебного заседания встают.

2. Все участники судебного разбирательства обращаются к суду, дают показания и делают заявления стоя. Отступление от этого правила может быть допущено с разрешения председательствующего.

3. Участники судебного разбирательства, а также иные лица, присутствующие в зале судебного заседания, обращаются к суду со словами «Уважаемый суд», а к судье — «Ваша честь».

4. Судебный пристав обеспечивает порядок судебного заседания, выполняет распоряжения председательствующего. Требования судебного пристава по обеспечению порядка судебного заседания обязательны для лиц, присутствующих в зале судебного заседания.

1. В соответствии с ФЗ от 21.07.97 г. «О судебных приставах» на судебных приставов возлагаются задачи по обеспечению установленного порядка деятельности Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда, судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Согласно Инструкции «О порядке исполнения судебными приставами распоряжений председателя суда, судьи или председательствующего в судебном заседании и взаимодействия судебных приставов с должностными лицами и гражданами при исполнении обязанностей по обеспечению установленного порядка деятельности судов и участия в исполнительной деятельности», утв. приказом Министерства юстиции РФ от 03.08.99 г. № 226, под обеспечением установленного порядка деятельности судов понимается следующий комплекс мер:

— обеспечение в судах безопасности судей, заседателей, участников судебного процесса и свидетелей;

— выполнение распоряжений председателя суда, а также судьи или председательствующего в судебном заседании, связанных с соблюдением порядка в суде;

— исполнение решения суда и судьи о применении к подсудимому и другим гражданам предусмотренных законом мер процессуального принуждения;

— обеспечение охраны зданий судов, совещательных комнат и судебных помещений в рабочее время;

— проверка подготовки судебных помещений к заседанию, обеспечение по поручению судьи доставки к месту проведения судебного процесса уголовного дела и вещественных доказательств и их сохранности;

— поддержание общественного порядка в судебных помещениях;

— взаимодействие с военнослужащими воинской части (подразделения) по конвоированию лиц, содержащихся под стражей, по вопросам их охраны и безопасности;

— предупреждение и пресечение преступлений и правонарушений, выявление нарушителей, а в случае необходимости задержание их с последующей передачей ОВД;

— осуществление привода лиц, уклоняющихся от явки в суд.

Судебные приставы исполняют служебные обязанности в форменном обмундировании и после прохождения необходимой специальной подготовки имеют право на хранение и ношение огнестрельного оружия и специальных средств.

При обеспечении установленного порядка деятельности судов судебные приставы имеют право:

— применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие в случаях и в порядке, предусмотренных ФЗ «О судебных приставах»;

— удалять из зала судебного заседания по распоряжению председателя суда, судьи или председательствующего лиц, нарушающих порядок судебного заседания;

— задерживать лиц, допустивших нарушение общественного порядка в здании суда, и передавать их в ОВД;

— при необходимости обращаться за помощью к сотрудникам ОВД и ФСБ России, военнослужащим внутренних войск, а судебные приставы по обеспечению установленного порядка деятельности военных судов — также к военному командованию.

СТАТЬЯ 258
МЕРЫ ВОЗДЕЙСТВИЯ ЗА НАРУШЕНИЕ ПОРЯДКА В СУДЕБНОМ ЗАСЕДАНИИ

1. При нарушении порядка в судебном заседании, неподчинении распоряжениям председательствующего или судебного пристава лицо, присутствующее в зале судебного заседания, предупреждается о недопустимости такого поведения, либо удаляется из зала судебного заседания, либо на него налагается денежное взыскание в порядке, установленном статьями 117 и 118 настоящего Кодекса.

2. При неподчинении обвинителя или защитника распоряжениям председательствующего слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено, если не представляется возможным без ущерба для уголовного дела заменить данное лицо другим. Одновременно суд сообщает об этом вышестоящему прокурору или в адвокатскую палату соответственно.

3. Подсудимый может быть удален из зала судебного заседания до окончания прений сторон. При этом ему должно быть предоставлено право на последнее слово. Приговор в этом случае должен провозглашаться в его присутствии или объявляться ему под расписку немедленно после провозглашения.

1. По буквальному содержанию ч. 1 комм. статьи *нарушение порядка в судебном заседании* и *неподчинении распоряжениям* председательствующего или судебного пристава можно было бы истолковать как самостоятельные основания для применения указанных в данной норме мер воздействия. Однако было бы неправильно употреблять эти меры лишь при неподчинении распоряжениям председательствующего, если это неподчинение никак не связано с *нарушением общественного порядка* (например, если защитник задает свидетелям наводящие вопросы, а председательствующий предостерегает его от таких действий). Нарушение порядка в судебном заседании является более общим понятием по отношению к невыполнению распоряжений, поскольку вся комм. статья посвящена мерам воздействия именно *за нарушение порядка* в судебном заседании.

2. О порядке наложения денежного взыскания см. комм. к ст. 117, 118.

3. Неподчинение обвинителя или защитника распоряжениям председательствующего, нарушающее порядок в зале судебного заседания, учитывая процессуальный статус этих участников судопроизводства, не может влечь за собой их удаление из зала, поскольку без них продолжение состязательного процесса невозможно. Поэтому в таких случаях слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено. Слово «может» указывает здесь на то, что отложение рассмотрения дела не единственная мера воздействия на обвинителя и защитника. Представляется, что суд вправе также предупредить обвинителя или защитника о недопустимости подобного поведения либо наложить на него денежное взыскание. Невозможность без *ущерба для уголовного дела* заменить обвинителя или защитника другим может выражаться в том, что отсутствуют *юридические* либо *фактические* возможности такой замены. Юридически невозможно, например, заменить частного обвинителя — потерпевшего по делам, рассматриваемым мировым судьей. Фактически невозможно заменить защитника без ущерба для уголовного дела, если в местности, где действует данный суд, нет других адвокатов, и т.д. Вместе с тем, если обви-

нитель или защитник в такой степени нарушают порядок, что своим поведением делают невозможным продолжение судебного заседания, то слушание дела, на наш взгляд, все же следует отложить, даже если это создает определенные трудности для суда, ибо это причинит меньший ущерб уголовному делу, нежели продолжение процесса в подобных условиях.

4. Согласно п. 5 ч. 1 и ч. 2 ст. 17 ФЗ от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, статус адвоката может быть прекращен советом адвокатской палаты на основании заключения квалификационной комиссии.

5. В случае нарушения подсудимым порядка в судебном заседании он может быть удален из зала судебного заседания только до окончания прений сторон. Учитывая процессуальный статус подсудимого и общее правило о недопустимости заочного рассмотрения уголовных дел, его удаление из зала судебного заседания должно быть крайней мерой. Подсудимый может быть удален из зала суда даже на время провозглашения приговора, который объявляется ему под расписку немедленно после провозглашения.

СТАТЬЯ 259
ПРОТОКОЛ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. В ходе судебного заседания ведется протокол.

2. Протокол может быть написан от руки, или напечатан на машинке, или изготовлен с использованием компьютера. Для обеспечения полноты протокола при его ведении могут быть использованы стенографирование, а также технические средства.

3. В протоколе судебного заседания обязательно указываются:

1) место и дата заседания, время его начала и окончания;

2) какое уголовное дело рассматривается;

3) наименование и состав суда, данные о секретаре, переводчике, обвинителе, защитнике, подсудимом, а также о потерпевшем, гражданском истце, гражданском ответчике, их представителях и других вызванных в суд лицах;

4) данные о личности подсудимого и об избранной в отношении его мере пресечения;

5) действия суда в том порядке, в каком они имели место в ходе судебного заседания;

6) заявления, возражения и ходатайства участвующих в уголовном деле лиц;

7) определения или постановления, вынесенные судом без удаления в совещательную комнату;

8) определения или постановления, вынесенные судом с удалением в совещательную комнату;

9) сведения о разъяснении участникам уголовного судопроизводства их прав, обязанностей и ответственности;

10) подробное содержание показаний;

11) вопросы, заданные допрашиваемым, и их ответы;

12) результаты произведенных в судебном заседании осмотров и других действий по исследованию доказательств;

13) обстоятельства, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол;

14) основное содержание выступлений сторон в судебных прениях и последнего слова подсудимого;

15) сведения об оглашении приговора и о разъяснении порядка ознакомления с протоколом судебного заседания и принесения замечаний на него;

16) сведения о разъяснении оправданным и осужденным порядка и срока обжалования приговора, а также о разъяснении права ходатайствовать об участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

4. В протоколе также указывается о мерах воздействия, принятых в отношении лица, нарушившего порядок в судебном заседании.

5. Если в ходе судебного разбирательства проводились фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка допросов, то об этом делается отметка в протоколе судебного заседания. В этом случае материалы фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки прилагаются к материалам уголовного дела.

6. Протокол должен быть изготовлен и подписан председательствующим и секретарем судебного заседания в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Протокол в ходе судебного заседания может изготавливаться по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их изготовления.

7. Ходатайство об ознакомлении с протоколом судебного заседания подается сторонами в письменном виде в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Указанный срок может быть восстановлен, если ходатайство не было подано по уважительным причинам. Ходатайство не подлежит удовлетворению, если уголовное дело уже направлено в кассационную инстанцию или по истечении срока, предоставленного для кассационного обжалования, находится в стадии исполнения. Председательствующий обеспечивает сторонам возможность ознакомления с протоколом судебного заседания в течение 3 суток со дня получения ходатайства. Председательствующий вправе предоставить возможность ознакомления с протоколом и иным участникам судебного разбирательства по их ходатайству и в части, касающейся их показаний. Если протокол судебного заседания в силу объективных обстоятельств изготовлен по истечении 3 суток со дня окончания судебного заседания, то участники судебного разбирательства, подавшие ходатайства, должны быть извещены о дате подписания протокола и времени, когда они могут с ним ознакомиться. Время ознакомления с протоколом судебного заседания устанавливается председательствующим в зависимости от объема указанного протокола, однако оно не может быть менее 5 суток с момента начала ознакомления. В исключительных случаях председательствующий по ходатайству лица, знакомящегося с протоколом, может продлить установленное время. В случае, если участник судебного разбирательства явно затягивает время ознакомления с протоколом, председательствующий вправе своим постановлением установить определенный срок для ознакомления с ним.

8. Копия протокола изготавливается по письменному ходатайству участника судебного разбирательства и за его счет.

1. Протокол судебного заседания является единственным документом, который отражает весь ход судебного разбирательства, способствует постановлению приговора в соответствии с доказательствами, рассмотренными в судебном заседании, и обеспечивает возможность контроля со стороны вышестоящих судебных инстанций за выполнением судом требований закона при рассмотрении уголовных дел. На практике нередко не обеспечивается точная фиксация в протоколе всего хода судебного заседания, перечисляются лишь формальные моменты судебного разбирательства, а объяснения и показания допрашиваемых лиц, заявления участников процесса записываются сокращенно, неточно, порой перефразируются настолько, что не представляется возможным решить вопрос о правильности действий суда и о соответствии решения суда доказательствам, исследованным в судебном заседании. Нередко в протоколе не отражаются вопросы участников судебного разбирательства к допрашиваемым лицам, ходатайства фиксируются без указания мотивов, приводимых участниками в их обоснование, неполно записываются аргументы сторон, изложенные ими в судебных прениях. В связи с этим председательствующий в судебном заседании должен уделять необходимое внимание ведению протокола и принимать в ходе судебного заседания надлежащие меры для полного и объективного изложения в нем содержания всего судебного разбирательства.

2. Протокол судебного заседания является способом фиксации доказательств, исследованных судом. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29.04.96 г. № 1 «О судебном приговоре» внимание судов было обращено на то, что приговор может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были непосредственно исследованы в судебном заседании. С учетом указанного требования закона суд не вправе ссылаться в подтверждение своих выводов на собранные по делу доказательства, если они не были исследованы судом и не нашли отражения в протоколе судебного заседания. Ссылка в приговоре на показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, данные при производстве дознания, предварительного следствия или в ином судебном заседании, допустима только при оглашении судом этих показаний в случаях, предусмотренных законом. При этом следует иметь в виду, что фактические данные, содержащиеся в оглашенных показаниях, как и другие доказательства, могут быть положены в основу выводов и решений по делу лишь после их проверки и всестороннего исследования в судебном заседании.

3. Согласно п. 6 ч. 3 комм. статьи в протокол заносятся не только заявления и ходатайства участников судебного разбирательства, но и их *возражения*. Представляется, что возражения могут быть заявлены на действия (либо бездействие) суда, председательствующего, государственного обвинителя, защитника и других участников судебного разбирательства, если они противоречат закону, нормам общей и профессиональной этики. Неправомерен отказ в занесении в протокол указанных возражений по мотивам того, что они не имеют отношения к делу. На наш взгляд, участник судебного разбирательства вправе заявить возражения своевременно, т.е. в любой момент судебного заседания, когда допущено нарушение. Председательствующий не должен пресекать возражения на том основании, что заявившему его участнику не было предоставлено слово, т.к. в противном случае часто теряется смысл заявления возражения (например, возражения на недопустимость постановки допрашиваемому наводящих вопросов). Недопустим отказ председательствующего фиксировать в протоколе возражения, сопровождаемый предложением их заявителю подать свои заме-

чания на протокол после окончания судебного заседания. То же относится и к обстоятельствам, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол (п. 13 ч. 3). Заявление такой просьбы по смыслу закона есть право участника судебного заседания, поэтому председательствующий не должен отказывать в ее удовлетворении по мотивам того, что обстоятельства, об отражении которых в протоколе ходатайствует участник, не имеют отношения к делу или уже исследованы судом. Отказ в подобной просьбе может иметь место, только если соответствующее обстоятельство уже занесено в протокол.

4. Определения, выносимые судом в судебном заседании без удаления в совещательную комнату, в соответствии с п. 7 ч. 3 комм. статьи подлежат занесению в протокол судебного заседания, и в случаях отказа в удовлетворении заявленного ходатайства должны содержать мотивы принятого решения.

5. В отличие от положения, действовавшего ранее (ст. 264 УПК РСФСР), УПК РФ требует указывать в протоколе вопросы, задаваемые участниками судебного разбирательства не только эксперту, но и всем остальным лицам, допрашиваемым в судебном заседании (п. 11 ч. 3 комм. статьи).

6. В п. 14 ч. 3 комм. статьи говорится о занесении в протокол основного содержания выступлений сторон в судебных прениях и последнего слова подсудимого. Однако определять основное юридическое содержание выступлений участников судебного разбирательства, в т.ч. государственного обвинителя и защитника, практически должен секретарь судебного заседания, который далеко не всегда имеет юридическое образование и потому может затрудняться в определении юридически существенных моментов выступлений. Поэтому оправданна практика тех судов, которые не возражают против приобщения к протоколу судебного заседания письменных текстов выступлений сторон в судебных прениях.

7. В части 5 комм. статьи содержится указание на приобщение к уголовному делу материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки, которые проводились в ходе судебного разбирательства. Речь здесь идет о материалах фотографирования или записи допросов, когда соответствующие средства фиксации применялись по решению суда. В отличие от них материалы фотографирования или записи хода судебного разбирательства, полученные по своей инициативе лицами, присутствующими в открытом судебном заседании (ч. 5 ст. 241), не должны истребоваться судом у указанных лиц для приобщения к материалам уголовного дела. В то же время сведения о проведении такой фиксации также должны быть занесены в протокол, что позволит в случае необходимости использовать их при рассмотрении замечаний на протокол судебного заседания, а также в качестве дополнительно представленных материалов в кассационном суде.

8. Трехсуточный срок изготовления и подписания протокола судебного заседания, установленный ч. 6 комм. статьи, на практике часто нарушается. Поэтому законодатель предусмотрел возможность изготовления и подписания его по частям. Вместе с тем закон не предусматривает никаких санкций за нарушение указанного срока. Обычно стороны, не имевшие возможности ознакомиться с протоколом судебного заседания ввиду нарушения судом сроков его изготовления, дабы не пропустить срок кассационного или апелляционного обжалования (ст. 356), подают т.н. предварительные жалобы с тем, чтобы в дальнейшем, после ознакомления с протоколом, представить дополнительную жалобу. Наличие такой возможности опирается на указания ч. 4 ст. 359.

9. Если протокол судебного заседания в силу объективных обстоятельств был изготовлен по истечении 3 суток со дня окончания судебного заседания, то участники судебного разбирательства, *подавшие ходатайства об ознакомлении с ним*, извещаются о дате подписания протокола и времени, когда они могут с ним ознакомиться. При этом в деле должны иметься достаточные данные об отправке судом такого уведомления (почтовые квитанции) или о получении его адресатом (расписки), если, конечно, в материалах дела или в ходатайстве этого участника назван его адрес. Представляется, что невыполнение судом этих требований должно влечь возвращение дела в суд из кассационной инстанции для надлежащего ознакомления соответствующего участника с протоколом судебного заседания.

Письменные ходатайства об ознакомлении с протоколом судебного заседания могут быть поданы сторонами в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Этот срок может быть восстановлен судьей, если ходатайство не было подано по уважительным причинам. Однако просроченное ходатайство об ознакомлении с протоколом не удовлетворяется, когда срок для кассационного обжалования истек либо дело уже направлено в кассационную инстанцию, либо находится в стадии исполнительного производства.

10. Новацией является положение ч. 8 комм. статьи, которая предусматривает возможность получения участником судебного разбирательства копии протокола, выполненной за его счет.

СТАТЬЯ 260
ЗАМЕЧАНИЯ НА ПРОТОКОЛ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. В течение 3 суток со дня ознакомления с протоколом судебного заседания стороны могут подать на него замечания.

2. Замечания на протокол рассматриваются председательствующим незамедлительно. В необходимых случаях председательствующий вправе вызвать лиц, подавших замечания, для уточнения их содержания.

3. По результатам рассмотрения замечаний председательствующий выносит постановление об удостоверении их правильности либо об их отклонении. Замечания на протокол и постановление председательствующего приобщаются к протоколу судебного заседания.

1. Замечания на протокол судебного заседания вправе подавать лишь стороны, но не другие участники судебного разбирательства (о понятии «участники судебного разбирательства» см. комм. к ст. 266). Это ограничение нелогично, поскольку в соответствии с ч. 7 ст. 259 другие участники могут быть ознакомлены с протоколом в части, касающейся их показаний. При ознакомлении ими могут быть замечены неточности, на которые этим участникам следовало бы дать право делать замечания. УПК РФ, к сожалению, исключена норма, которая была предусмотрена ч. 2 ст. 244 УПК РСФСР, позволявшая приносить свои замечания на протокол секретарю судебного заседания.

2. Закон не устанавливает конкретного срока рассмотрения принесенных сторонами замечаний председательствующим — говорится лишь о *незамедлительности* их рассмотрения. Поскольку единственной функцией судьи в уголовном процессе

является осуществление правосудия (п. 54 ст. 5), а процессуальной формой осуществления правосудия может быть только судебное заседание (п. 50 ст. 5), то при вызове судьей лиц, подавших свои замечания на протокол, для уточнения их содержания должно, на наш взгляд, проводиться судебное заседание с составлением об этом отдельного протокола. Секретарь судебного заседания, изготовивший протокол, на который поданы замечания, не может принимать в нем участия, поскольку он является при этом заинтересованным лицом. Поэтому эти обязанности должен выполнять другой секретарь.

3. Хотя комм. статья прямо не предусматривает право участников процесса обжаловать постановление судьи по результатам рассмотрения замечаний на протокол судебного заседания, Конституционный Суд РФ определил, что «каких-либо предписаний, лишающих участников процесса возможности обжаловать постановление судьи об отклонении замечаний на протокол судебного заседания, а суд кассационной инстанции — права проверить обоснованность отклонения замечаний, оспариваемая статья не содержит. Напротив, предусматриваемое ею приобщение замечаний к протоколу судебного заседания и к материалам уголовного дела в целом является условием, позволяющим вышестоящим судебным инстанциям ознакомиться с этими замечаниями и оценить правомерность их отклонения»[1]. Как признал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 02.07.98 г. по делу о проверке конституционности ст. 331 и 464 УПК РСФСР, рассмотрение жалобы на принятое судом (судьей) в ходе производства по уголовному делу постановление (определение) по промежуточному вопросу, в т.ч. относительно принятия или отклонения замечаний на протокол судебного заседания, *одновременно с рассмотрением жалобы на приговор* является допустимым.

ГЛАВА 36. ПОДГОТОВИТЕЛЬНАЯ ЧАСТЬ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

СТАТЬЯ 261 ОТКРЫТИЕ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

В назначенное время председательствующий открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело подлежит разбирательству.

1. День и час рассмотрения дела в судебном заседании определяются в соответствии со сроками, установленными законом, с учетом составленного на текущий месяц расписания судебных заседаний и с таким расчетом, чтобы избежать задержки его разбирательства, не допустить напрасной траты времени лицами, вызванными в суд. Уголовные дела, по которым обвиняемые содержатся под стражей, назначаются к разбирательству на определенные дни недели, согласованные с органами, на которые возложено конвоирование заключенных.

2. Открытие судебного заседания состоит в том, что председательствующий в назначенное время делает объявление об этом и сообщает, каким судом и какое дело

---

[1] Определение КС РФ от 25.01.2005 г. № 67-О об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Силаева Виталия Анатольевича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 260 УПК РФ.

должно быть рассмотрено. При этом указываются полное название данного суда, фамилия, имя и отчество подсудимого, а также статьи уголовного закона (а также части, пункты этих статей), по которым он обвиняется, — в том их объеме, которые указаны в постановлении судьи о назначении судебного заседания.

3. Открытие судебного заседания, учитывая требование закона о неизменности состава суда (ст. 242), допускается только при наличии всех судей, входящих в коллегиальный состав суда, и секретаря судебного заседания.

4. Открытие судебного заседания — это первое процессуальное действие, с которого начинается судебное разбирательство. Оно непосредственно предшествует проверке судом явки в суд лиц, которые должны участвовать в судебном заседании (ст. 262). Поэтому в случае неявки кого-либо из их числа, даже если это препятствует продолжению судебного разбирательства, суд должен *в точно назначенное время* все же открыть судебное заседание и *в нем* проверить явку в суд указанных лиц. Вопрос о возможности рассмотрения дела в отсутствие неявившихся лиц также должен решаться в подготовительной части судебного заседания, но не перед его открытием. Незаконной является практика отложения судами дел, а тем более «снятия их с рассмотрения» без какого-либо процессуального оформления при неявке тех или иных участников судопроизводства, без выхода в судебное заседание.

СТАТЬЯ 262
ПРОВЕРКА ЯВКИ В СУД

Секретарь судебного заседания докладывает о явке лиц, которые должны участвовать в судебном заседании, и сообщает о причинах неявки отсутствующих.

1. Секретарь судебного заседания до начала судебного заседания должен проверить, имеются ли в деле сведения о вручении прокурором копий обвинительного заключения подсудимым, защитникам и потерпевшим (защитникам и потерпевшим копия обвинительного заключения согласно ч. 2 ст. 222 вручается по их ходатайству), вручены ли другим вызываемым в суд лицам повестки. При отсутствии названных сведений он обязан немедленно доложить об этом судье для принятия дополнительных мер по обеспечению явки лиц и вручения документов. Перед началом разбирательства дела секретарь судебного заседания обязан проверить, все ли вызываемые в суд лица явились в судебное заседание, кто из неявившихся получил повестки, кто не получил и по какой причине, доставлены ли подсудимые, находящиеся под стражей.

2. Сразу же после открытия судебного заседания секретарь докладывает о явке лиц, которые должны участвовать в судебном заседании, и сообщает о причинах неявки отсутствующих. Суд может выяснить, какие меры принимались секретарем для обеспечения их явки в суд и каковы их результаты.

СТАТЬЯ 263
РАЗЪЯСНЕНИЕ ПЕРЕВОДЧИКУ ЕГО ПРАВ

Председательствующий разъясняет переводчику его права и ответственность, предусмотренные статьей 59 настоящего Кодекса, о чем переводчик дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

1. О понятии «переводчик» см. комм. к ст. 59.

2. Председательствующий должен разъяснить переводчику следующие его права: знакомиться с протоколом судебного заседания и делать замечания по поводу правильности записи перевода, подлежащие занесению в протокол; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения суда, ограничивающие его права. Переводчик также предупреждается председательствующим об ответственности за заведомо неправильный перевод в соответствии со ст. 307 и 310 *УК*.

СТАТЬЯ 264
УДАЛЕНИЕ СВИДЕТЕЛЕЙ ИЗ ЗАЛА СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

1. Явившиеся свидетели до начала их допроса удаляются из зала судебного заседания.

2. Судебный пристав принимает меры к тому, чтобы не допрошенные судом свидетели не общались с допрошенными свидетелями, а также с иными лицами, находящимися в зале судебного заседания.

1. В порядке ст. 262 УПК секретарь судебного заседания докладывает суду, в числе других лиц, и о явке свидетелей. При этом секретарь обычно проверяет явку вызванных свидетелей согласно спискам, представленным сторонами (п. 4 ч. 2 ст. 231) и постановлению судьи о назначении судебного заседания (ст. 232). Следует, однако, иметь в виду, что в соответствии с ч. 4 ст. 271 свидетели и специалисты могут явиться в судебное заседание по инициативе сторон. Поэтому секретарь судебного заседания (перед началом заседания) и председательствующий должны выяснить, присутствуют ли такие свидетели в зале судебного заседания или в здании суда.

2. Явившиеся свидетели удаляются из зала судебного заседания до установления личности подсудимого и вызываются туда только непосредственно перед началом их допроса. Это делается для того, чтобы установление личности подсудимого и исследование обстоятельств дела не оказывало на свидетелей внушающего воздействия. Председательствующему рекомендуется разъяснить свидетелям, что их удаление из зала предусмотрено судебной процедурой; что их вызовут как только наступит черед дачи ими показаний; что до их допроса они не должны обсуждать между собой какие-либо обстоятельства дела, а после допроса общаться с еще недопрошенными свидетелями; что до вызова в зал судебного заседания они не должны покидать здание суда.

3. Допрошенные свидетели могут оставаться в зале судебного заседания или, если нет возражений сторон или экспертов, покинуть зал судебного заседания. Оставшиеся в зале судебного заседания после их допроса свидетели при необходимости могут быть снова допрошены. Если в ходе судебного разбирательства возникает необходимость допросить в качестве свидетеля лицо, не вызывавшееся в качестве свидетеля, но присутствующее в зале судебного заседания, оно может быть допрошено сторонами, экспертом и судом. При этом факт присутствия такого лица в зале во время исследования доказательств учитывается судом при оценке его показаний. Кроме того, такой свидетель уже не может участвовать в предъявлении подсудимого для опознания.

СТАТЬЯ 265
УСТАНОВЛЕНИЕ ЛИЧНОСТИ ПОДСУДИМОГО И СВОЕВРЕМЕННОСТИ ВРУЧЕНИЯ ЕМУ КОПИИ ОБВИНИТЕЛЬНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ ИЛИ ОБВИНИТЕЛЬНОГО АКТА

1. Председательствующий устанавливает личность подсудимого, выясняя его фамилию, имя, отчество, год, месяц, день и место рождения, выясняет, владеет ли он языком, на котором ведется уголовное судопроизводство, место жительства подсудимого, место работы, род занятий, образование, семейное положение и другие данные, касающиеся его личности.

2. Затем председательствующий выясняет, вручена ли подсудимому и когда именно копия обвинительного заключения или обвинительного акта, постановления прокурора об изменении обвинения. При этом судебное разбирательство уголовного дела не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта, постановления об изменении обвинения.

3. При рассмотрении уголовного дела в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 247 настоящего Кодекса, председательствующий выясняет, вручена ли защитнику подсудимого и когда именно копия обвинительного заключения или постановления прокурора об изменении обвинения. При этом судебное разбирательство уголовного дела не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения защитнику копии обвинительного заключения или постановления об изменении обвинения *(ч. 3 введена ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*.

1. Установление личности подсудимого — один из важнейших моментов подготовительной части судебного заседания. Суд должен быть абсолютно уверен в том, что подсудимый — это именно то лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование. Кроме того, выяснение данных о личности подсудимого, предусмотренных комм. статьей, имеет значение для индивидуализации ответственности в случае признания его виновным; для решения вопроса о сохранении или изменении ему меры пресечения и т.д. К числу других, кроме названных в комм. статье, данных о личности подсудимого могут относиться сведения: о наличии у него судимости (выясняется, погашена она или не погашена), государственных наград, несовершеннолетних детей и других иждивенцев, инвалидности, хронических и тяжелых заболеваний, о том, состоит ли он на учете в психоневрологическом или наркологическом диспансере, и т.д. Следует иметь в виду, что суд не должен ограничиваться выяснением названных обстоятельств лишь в подготовительной части судебного заседания, поскольку они относятся к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу (п. 3 ч. 1 ст. 73), а устанавливать их также с помощью исследования доказательств в ходе судебного следствия.

2. Если у подсудимого, не содержащегося под стражей, документы, удостоверяющие личность, отсутствуют, следует, в зависимости от обстоятельств, либо объявить перерыв в судебном заседании, чтобы обеспечить доставку документов, либо отложить судебное заседание (например, когда подсудимый заявил, что его паспорт утерян, а других надежных документов у него нет), предложив подсудимому без промедления обратиться за получением нового паспорта в ОВД. В сомнительных случа-

ях, когда имеет значение установление возраста подсудимого (например, несовершеннолетнего), а документы о возрасте отсутствуют, суд в судебном следствии вправе назначить экспертизу (ст. 196, 283).

3. Часть 2 комм. статьи требует выяснения того, вручена ли подсудимому копия обвинительного заключения (акта), а также постановление прокурора об изменении обвинения. Однако необходимо заметить, что согласно нормам гл. 31, 32, регулирующим окончание предварительного расследования (ст. 222, 225), не предусматривается вручение обвиняемому такого документа, как постановление прокурора об изменении обвинения. По смыслу закона прокурор должен это сделать вместе с направлением обвиняемому копии обвинительного заключения (акта).

4. Председательствующий должен также выяснить у подсудимого, получил ли он копию постановления о назначении судебного заседания, которая направляется ему в соответствии с ч. 4 ст. 227. В отличие от копии обвинительного заключения (акта), данный документ может быть вручен подсудимому и менее чем за 7 суток до дня судебного заседания, поскольку вопросы, касающиеся изменения обвинительного заключения (акта) или вопрос об исключении недопустимых доказательств, который отражается в постановлении о назначении судебного заседания, должны быть уже известны подсудимому, т.к. решаются с его участием на предварительном слушании. Если названный срок нарушен, судебное разбирательство откладывается для вручения подсудимому обвинительного заключения (акта).

СТАТЬЯ 266
ОБЪЯВЛЕНИЕ СОСТАВА СУДА, ДРУГИХ УЧАСТНИКОВ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА И РАЗЪЯСНЕНИЕ ИМ ПРАВА ОТВОДА

1. Председательствующий объявляет состав суда, сообщает, кто является обвинителем, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями, а также секретарем судебного заседания, экспертом, специалистом и переводчиком. Председательствующий разъясняет сторонам их право заявлять отвод составу суда или кому-либо из судей в соответствии с главой 9 настоящего Кодекса.

2. Заявленные отводы суд разрешает в порядке, установленном статьями 65, 66 и 68—72 настоящего Кодекса.

1. Помимо состава суда председательствующий объявляет *других участников судебного разбирательства.* Понятие «участники судебного разбирательства» в отличие от понятия «участники судопроизводства» в УПК РФ не определено. По смыслу закона участниками судебного разбирательства следует признать: суд (судью), секретаря судебного заседания, обвинителя, защитника, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей, эксперта, специалиста, переводчика, а также свидетелей. Однако в комм. статье речь идет в основном о тех участниках судебного разбирательства, которым может быть заявлен отвод (исключение составляют гражданский истец и гражданский ответчик, которым отвод не может быть заявлен).

2. К сожалению, в ч. 1 комм. статьи имеется существенный пробел, поскольку по ее буквальному смыслу председательствующий разъясняет сторонам их право заявлять отвод лишь *составу суда или кому-либо из судей*, но не другим участникам су-

дебного разбирательства. Однако в ч. 2 названы статьи, предусматривающие отвод судьи, прокурора, секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта, специалиста, защитника, представителей гражданского истца и гражданского ответчика.

3. Об основаниях и порядке заявления и разрешения отводов см. комм. к статьям гл. 9 УПК. Разъяснение права заявлять отвод включает и разъяснение сторонам оснований отвода всех лиц, названных в предыдущем пункте.

СТАТЬЯ 267
РАЗЪЯСНЕНИЕ ПОДСУДИМОМУ ЕГО ПРАВ

Председательствующий разъясняет подсудимому его права в судебном разбирательстве, предусмотренные статьей 47 настоящего Кодекса.

1. О правах обвиняемого (подсудимого) см. комм. к ст. 47.

2. Права всем подсудимым по данному делу разъясняются одновременно, однако вопрос, понятны ли они, выясняется раздельно в отношении каждого подсудимого.

3. Разъяснение прав подсудимому не должно сводиться к сухому перечислению его прав лишь в том виде, в каком они записаны в законе. *Разъяснение* означает объяснение подсудимому в простой и доходчивой форме, какое содержание имеют его права и как он ими может воспользоваться. Представляется, что не только нарушение требования закона о необходимости разъяснения прав подсудимому, но и формальное перечисление прав в такой форме, что содержания их подсудимый не понял, может являться основанием для отмены приговора (ст. 381), поскольку это настолько ограничивает подсудимого в его процессуальных правах, что может повлиять на постановление законного, обоснованного и справедливого приговора.

СТАТЬЯ 268
РАЗЪЯСНЕНИЕ ПОТЕРПЕВШЕМУ, ГРАЖДАНСКОМУ ИСТЦУ И ГРАЖДАНСКОМУ ОТВЕТЧИКУ ИХ ПРАВ

1. Председательствующий разъясняет потерпевшему, гражданскому истцу, их представителям, а также гражданскому ответчику и его представителю их права и ответственность в судебном разбирательстве, предусмотренные соответственно статьями 42, 44, 45, 54 и 55 настоящего Кодекса.

2. Потерпевшему разъясняется, кроме того, его право на примирение с подсудимым в случаях, предусмотренных статьей 25 настоящего Кодекса.

О содержании прав, разъясняемых потерпевшему, гражданскому истцу, их представителям, а также гражданскому ответчику и его представителю см. комм. к ст. 25, 42, 44, 45, 54 и 55.

СТАТЬЯ 269
РАЗЪЯСНЕНИЕ ЭКСПЕРТУ ЕГО ПРАВ

Председательствующий разъясняет эксперту его права и ответственность, предусмотренные статьей 57 настоящего Кодекса, о чем эксперт дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

О содержании прав, разъясняемых эксперту, см. комм. к ст. 57.

СТАТЬЯ 270
РАЗЪЯСНЕНИЕ СПЕЦИАЛИСТУ ЕГО ПРАВ

Председательствующий разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58 настоящего Кодекса, о чем специалист дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

О содержании прав, разъясняемых специалисту, см. комм. к ст. 58.

СТАТЬЯ 271
ЗАЯВЛЕНИЕ И РАЗРЕШЕНИЕ ХОДАТАЙСТВ

1. Председательствующий опрашивает стороны, имеются ли у них ходатайства о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении доказательств, полученных с нарушением требований настоящего Кодекса. Лицо, заявившее ходатайство, должно его обосновать.

2. Суд, выслушав мнения участников судебного разбирательства, рассматривает каждое заявленное ходатайство и удовлетворяет его либо выносит определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства.

3. Лицо, которому судом отказано в удовлетворении ходатайства, вправе заявить его вновь в ходе дальнейшего судебного разбирательства.

4. Суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон.

1. В комм. статье речь идет о праве сторон заявить ходатайства о вызове *новых* свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов. Это не означает, что они не могут повторно заявить подобное ходатайство, если ранее уже заявляли его на досудебном производстве или в стадии подготовки дела к судебному заседанию, но получили отказ в его удовлетворении. То же самое относится и к ходатайствам об исключении доказательств, полученных с нарушением закона, которые стороны могут заявить не только на предварительном слушании, но и в судебном разбирательстве. Вместе с тем заявитель ходатайства обязан его обосновать. Суд без согласия стороны, заявившей ходатайство, не вправе отложить вопрос о его разрешении на более поздний этап судебного разбирательства, а должен разрешить его немедленно (ст. 121).

2. Сторона вправе заявить ходатайство не только об истребовании доказательств, но и по всем другим вопросам, подлежащим разрешению в стадии судебного разбирательства, в т.ч. о прекращении производства по делу.

3. В части 4 комм. статьи содержится чрезвычайно важная новация, согласно которой суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, если они явились в суд по инициативе заинтересованной стороны. Эта норма служит реальной гарантией интересов сторон против необоснованного отказа в удовлетворении ходатайств о вызове и допросе свидетелей и специалистов в ходе предварительного расследования или в стадии назначения судебного заседания. В совокупности с правом защитника (п. 2

ч. 3 ст. 86) опрашивать лиц, которые в дальнейшем могут быть приглашены им в суд для дачи свидетельских показаний, а также его правом привлекать специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53) данное положение серьезно способствует состязательному ведению уголовного судопроизводства.

Если явившиеся в судебное заседание свидетели дают показания об одних и тех же обстоятельствах совершенного преступления либо данных, характеризующих личность подсудимого, семейное положение и т.п., в силу чего одна из сторон заявила ходатайство о прекращении допроса других свидетелей, вызванных для дачи показаний о тех же обстоятельствах дела, суд в соответствии с ч. 4 ст. 271 УПК РФ не вправе его удовлетворить, если сторона, по инициативе которой было заявлено ходатайство об их допросе, против этого возражает[1].

4. Из содержания комм. статьи, в отличие от УПК РСФСР (ч. 4 ст. 276), исключено положение о праве суда независимо от того, заявлено ли ходатайство, вызывать новых свидетелей, назначать экспертизу, истребовать документы и другие доказательства. Инициатива в этих вопросах принадлежит теперь преимущественно сторонам. Суд вправе это делать лишь в порядке субсидиарной активности (см. об этом. комм. к ст. 244).

СТАТЬЯ 272
РАЗРЕШЕНИЕ ВОПРОСА О ВОЗМОЖНОСТИ РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В ОТСУТСТВИЕ КОГО-ЛИБО ИЗ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

При неявке кого-либо из участников уголовного судопроизводства суд выслушивает мнения сторон о возможности судебного разбирательства в его отсутствие и выносит определение или постановление об отложении судебного разбирательства или о его продолжении, а также о вызове или приводе неявившегося участника.

1. Судебное разбирательство по УПК РФ всегда невозможно только в отсутствие обвинителя. При определенных условиях оно возможно даже в отсутствие подсудимого (ч. 4, 5 ст. 247).

2. При неявке защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается. Замена защитника производится в соответствии с ч. 3 ст. 50.

3. При неявке потерпевшего суд рассматривает уголовное дело в его отсутствие, за исключением случаев, когда явка потерпевшего признана судом обязательной. По уголовным делам частного обвинения неявка потерпевшего без уважительных причин влечет за собой прекращение уголовного дела за отсутствием в деянии подсудимого состава преступления (ст. 249).

4. Суд вправе рассмотреть гражданский иск в отсутствие гражданского истца, если: а) об этом ходатайствует гражданский истец или его представитель; б) гражданский иск поддерживает прокурор; в) подсудимый полностью согласен с предъявленным гражданским иском. В прочих случаях суд при неявке гражданского истца или

---

[1] См. п. 20 постановления Пленума ВС РФ от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм УПК РФ» // БВС РФ. 2004. № 5.

его представителя вправе оставить гражданский иск без рассмотрения. О последствиях неявки гражданского ответчика см. п. 3 комм. к ст. 250.

5. При неявке в судебное заседание свидетеля, эксперта или специалиста суд может продолжить рассмотрение дела и вернуться к вопросу о возможности его окончания в отсутствие этих лиц в конце судебного следствия. Однако неявка переводчика, вызванного для подсудимого, исключает продолжение судебного заседания.

6. В УПК РФ отсутствует норма, аналогичная той, которая существовала в УПК РСФСР (ч. 2 ст. 277) и предусматривала в случае отложения разбирательства дела возможность допроса явившихся свидетелей, экспертов, специалистов, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей без вторичного вызова указанных лиц в следующее судебное заседание. Такое указание являлось бы избыточным в УПК РФ, т.к. согласно ч. 2 ст. 253 после возобновления судебного разбирательства суд продолжает слушание с того момента, с которого оно было отложено, т.е. вторичный вызов названных лиц не обязателен.

ГЛАВА 37. СУДЕБНОЕ СЛЕДСТВИЕ

СТАТЬЯ 273 НАЧАЛО СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. Судебное следствие начинается с изложения государственным обвинителем предъявленного подсудимому обвинения, а по уголовным делам частного обвинения — с изложения заявления частным обвинителем.

2. Председательствующий опрашивает подсудимого, понятно ли ему обвинение, признает ли он себя виновным и желает ли он или его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению.

1. В отличие от ранее существовавшей практики, когда судья (обычно председательствующий) оглашал обвинительное заключение, порядок, предусмотренный УПК РФ, требует, чтобы предъявленное подсудимому обвинение излагал обвинитель, что в большей степени соответствует состязательному построению судопроизводства. Вместе с тем необходимо заметить, что термин *«предъявленное подсудимому обвинение»* недостаточно точен, т.к. обвинение *предъявляется* только обвиняемому в ходе предварительного следствия (ст. 172), а подсудимому лишь *вручается* постановление судьи о назначении судебного заседания (ч. 4 ст. 227). Окончательное обвинение может содержаться в обвинительном заключении или обвинительном акте, а также в постановлении прокурора об изменении обвинения (ч. 4 ст. 221). Кроме того, прокурор в ходе предварительного слушания может изменить обвинение (ч. 5 ст. 236), а судья частично прекратить уголовное дело (ст. 239), что отражается в постановлении о назначении судебного заседания. Возникает вопрос, какое из этих обвинений излагает государственный обвинитель? Вряд ли можно согласиться с тем, что, несмотря на последующие изменения обвинения, в т.ч. прокурором, государственный обвинитель должен излагать устаревшее «предъявленное обвинение». Очевидно, государственный обвинитель излагает последнюю версию обвинения, с учетом всех последующих изменений.

2. В комм. статье не говорится о том, что государственный обвинитель оглашает обвинительное заключение или обвинительный акт — речь идет лишь об изложении обвинения. Только по делам частного обвинения частный обвинитель излагает заявление о привлечении лица к уголовной ответственности. Полагаем, что государственный обвинитель вправе избрать любую форму изложения обвинения: огласить полностью или частично обвинительное заключение (акт), а также постановление прокурора об изменении обвинения либо сформулировать обвинение исходя из содержания постановления о назначении судебного заседания (если обвинение было изменено на предварительном слушании). В любом случае изложение должно содержать данные о личности подсудимого, существо и формулировку обвинения. Из текста комм. статьи не ясно, должен ли обвинитель, излагая обвинение, приводить и перечень доказательств, подтверждающих обвинение. В суде с участием присяжных заседателей это безусловно необходимо, т.к. во вступительном слове государственный обвинитель должен изложить не только существо обвинения, но и порядок исследования представленных им доказательств (ч. 2 ст. 335). Полагаем, что и в прочих случаях обвинителю, излагая обвинение, целесообразно сослаться на доказательства, которые представлены стороной обвинения в судебное разбирательство, поскольку следующим шагом после изложения обвинения и выяснения позиции стороны защиты будет определение порядка исследования доказательств, и обвинителю еще раз придется оглашать перечень представленных в суд обвинительных доказательств, но уже в отрыве от существа и формулировки обвинения, что не вполне логично.

3. Согласно ч. 2 комм. статьи председательствующий задает подсудимому и его защитнику четыре раздельных вопроса: а) понятно ли подсудимому обвинение; б) признает ли он себя виновным; в) желает ли подсудимый выразить свое отношение к предъявленному обвинению; г) желает ли его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению. Если подсудимый заявит, что обвинение ему непонятно, председательствующий должен разъяснить ему, в совершении какого преступления он обвиняется, в чем состоит сущность этого обвинения, какой уголовный закон применен, на каких доказательствах основывается обвинение. Председательствующий должен разъяснить подсудимому, что непризнание им своей виновности или отказ от ответа на этот вопрос не будет обращено против него, т.е. не станет расцениваться судом как отягчающее наказание обстоятельство.

4. Самостоятельное значение имеет вопрос о том, вправе ли подсудимый отказаться отвечать на вопрос, признает ли он себя виновным, ссылаясь на свое право *не свидетельствовать* против самого себя (ч. 1 ст. 51 Конституции РФ). Полагаем, что он вправе это сделать, т.к. термин «не свидетельствовать» применительно к обвиняемому достаточно условный — он не означает, что обвиняемый занимает положение свидетеля. Не означает он и того, что обвиняемый вправе отказаться только от дачи показаний, а не от ответа на вопрос, признает ли он себя виновным. Право не свидетельствовать против самого себя есть право хранить молчание, право на отказ от ответа на любые вопросы, и в первую очередь те, которые касаются виновности обвиняемого. Это вытекает и из смысла п. 3 ч. 4 ст. 47, в котором говорится о том, что обвиняемый имеет право *возражать против обвинения*. Но *право* «возражать» предполагает, что обвиняемый вправе и воздержаться от возражений, в т.ч. путем отказа отвечать на вопрос о том, признает ли он себя виновным.

5. Если подсудимый признает себя виновным частично, председательствующему следует уточнить, на какую часть обвинения (эпизоды, обстоятельства либо статьи, части и пункты статей уголовного закона) распространяется признание, а какую часть он отвергает. Подсудимый вправе мотивировать занятую им позицию. Иногда подсудимые, признавая объективную сторону обвинения, отрицают свою вину (умысел или неосторожность), либо уголовную противоправность совершенного ими деяния. Такой ответ следует считать не частичным признанием, а полным отрицанием подсудимым своей виновности.

6. Предложение подсудимому и защитнику выразить свое отношение к предъявленному обвинению означает потенциальную возможность этих лиц сделать т.н. *вступительное заявление*, содержанием которого является выражение ими своего отношения к предъявленному обвинению, его законности и обоснованности, доказанности или недоказанности. Представляется, что вступительное заявление защитника или подсудимого должно содержать лишь общую оценку обвинения, ему не следует вдаваться в детальные вопросы оценки конкретных доказательств и уголовно-правовой квалификации, т.е. фактически предвосхищать судебные прения. Однако, на наш взгляд, сторона защиты также может назвать здесь оправдывающие доказательства, которые она намерена представить суду. Вступительные заявления сторон отвечают состязательному характеру судебного разбирательства, подчеркивая, что дальнейшее исследование доказательств есть в первую очередь дело сторон, а не суда. Наличие права выразить свое отношение к предъявленному обвинению до известной степени уравнивает сторону защиты с государственным обвинителем, который перед этим изложил предъявленное обвинение. Вместе с тем УПК РФ не предусматривает т.н. *альтеркацию* (от лат. *altercatio*), т.е. взаимные краткие вопросы сторон друг другу и ответы на них для более точного выяснения позиций перед началом исследования доказательств. Однако это и не запрещено, поэтому с разрешения суда стороны после вступительных заявлений вправе задать друг другу такие вопросы.

СТАТЬЯ 274
ПОРЯДОК ИССЛЕДОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Очередность исследования доказательств определяется стороной, представляющей доказательства суду.

2. Первой представляет доказательства сторона обвинения. После исследования доказательств, представленных стороной обвинения, исследуются доказательства, представленные стороной защиты.

3. Допрос подсудимого проводится в соответствии со статьей 275 настоящего Кодекса. С разрешения председательствующего подсудимый вправе давать показания в любой момент судебного следствия.

4. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то очередность представления ими доказательств определяется судом с учетом мнения сторон.

1. В состязательном процессе порядок и очередность представления доказательств есть всецело дело сторон. В отличие от УПК РСФСР (ст. 279), УПК РФ не предусматривает вынесения решения суда по данному вопросу, а оставляет его на усмотрение сторон. Вместе с тем в ч. 1 комм. статьи говорится о том, что сторона *определяет*

в судебном следствии очередность исследования доказательств, т.е. она обязана огласить, в каком порядке желает исследовать представленные ею доказательства. При этом сторона использует перечень (список) доказательств, изложенный в обвинительном заключении (акте) и постановлении судьи о назначении судебного заседания; указывает на доказательства, истребованные по ее ходатайству судом, а также на свидетелей и специалистов, которые явились в суд по ее инициативе. Сторона не вправе требовать определенной очередности исследования доказательств, представленных стороной противоположной.

2. Комм. статья не дает ответа на вопрос, кем и когда представляется такое доказательство, как показания подсудимого. В ч. 1 ст. 275 говорится только о том, что при согласии подсудимого дать показания *первыми (но не первым!) его допрашивают* защитник и участники судебного разбирательства со стороны защиты, затем государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения. Однако это не равнозначно тому, *кто* представляет показания подсудимого — сторона обвинения или сторона защиты. Каждая из сторон представляет только те доказательства, которые имеются в ее распоряжении, т.е. доказательства обвинения или доказательства защиты. Представляется, что показания *подсудимого*, независимо от их характера (признательного или оправдывающего), всегда представляет сторона защиты, к коей принадлежит и сам подсудимый. Сторона обвинения может представить только протоколы допросов обвиняемого на предварительном расследовании. Поэтому, на наш взгляд, *допрос подсудимого* должен следовать лишь после представления доказательств стороной обвинения, если только сам подсудимый *по своей инициативе* не выразит желания сделать это в любой другой момент судебного следствия. Это предписание имеет глубокий публично-правовой смысл, ибо вынуждает государственное обвинение искать для суда доказательства, помимо признательных показаний обвиняемого.

К сожалению, на практике суды иногда истолковывают вырванную из контекста фразу: «при согласии подсудим*ого* дать показания перв*ыми...»* как ординарную возможность начать исследование доказательств с допроса подсудимого в обход общего требования о первоочередном представлении доказательств стороной обвинения. При этом судья часто *по своей инициативе* фактически навязывает подсудимому его допрос первым. Такая практика противоречит духу закона, ибо ставит исключение на место общего правила и не соответствует грамматическому толкованию комм. нормы (подсудимый назван в ней в единственном числе, а слово «первыми» имеет множественное число и относится к первоочередному праву стороны защиты начать такой допрос).

СТАТЬЯ 275
ДОПРОС ПОДСУДИМОГО

1. При согласии подсудимого дать показания первыми его допрашивают защитник и участники судебного разбирательства со стороны защиты, затем государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения. Председательствующий отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу.

2. Подсудимый вправе пользоваться письменными заметками, которые предъявляются суду по его требованию.

3. Суд задает вопросы подсудимому после его допроса сторонами.

4. Допрос подсудимого в отсутствие другого подсудимого допускается по ходатайству сторон или по инициативе суда, о чем выносится определение или постановление. В этом случае после возвращения подсудимого в зал судебного заседания председательствующий сообщает ему содержание показаний, данных в его отсутствие, и предоставляет ему возможность задавать вопросы подсудимому, допрошенному в его отсутствие.

5. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то суд вправе по ходатайству стороны изменить порядок их допроса, установленный частью первой настоящей статьи.

1. Подсудимый является основным участником судопроизводства со стороны защиты. Поскольку по общему правилу первой вопросы должна задавать та сторона, которая представляет данное доказательство, первым подсудимого допрашивает защитник. Допрос, проводящийся стороной, которая представила данное лицо для дачи показаний, в теории процесса называется *главным*. Затем подсудимого допрашивают государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения. Допрос, идущий вслед за главным и осуществляющийся противоположной стороной, именуется перекрестным допросом. Перекрестный допрос не исчерпывается теми обстоятельствами, которые исследовались в ходе главного допроса. УПК РФ не содержит запрета, характерного, например, для английского уголовного судопроизводства, о том, что во время перекрестного допроса подсудимого, ему, в отличие от свидетелей, нельзя задавать т.н. *дискредитирующие вопросы*, т.е. вопросы, имеющие целью показать, что показаниям данного лица доверять нельзя. Стороны не ограничены ни в количестве задаваемых ими вопросов, ни в продолжительности допроса.

По буквальному смыслу комм. статьи невозможен также *передопрос* подсудимого стороной защиты (в теории передопрос — это такой допрос, который проводит вызвавшая сторона после перекрестного допроса лица стороной противоположной). Однако, согласно ч. 3 ст. 274, с разрешения председательствующего подсудимый вправе давать показания в любой момент судебного следствия, в т.ч. и после его перекрестного допроса. Представляется, что в этом случае действует общая очередность постановки вопросов подсудимому — первой допрашивает сторона защиты, затем сторона обвинения.

2. УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР (ч. 1 ст. 280), не упоминает и о т.н. *свободном рассказе* подсудимого, т.е. показаний, которые лицо дает, отвечая не на чей-либо вопрос, а лишь на предложение рассказать об известных ему обстоятельствах дела. Таким образом, показания подсудимого могут быть даны только в ходе главного и перекрестного допроса. Однако этот недостаток легко преодолим, поскольку сторона, первая начинающая допрашивать подсудимого, всегда может поставить свой вопрос таким образом, чтобы ответом на него являлся свободный рассказ (например: «Расскажите все, что Вам известно об обстоятельствах данного дела»). По всей видимости, право обвиняемого (подсудимого) *давать показания* (п. 6 ч. 4 ст. 47) не сводится лишь к его *праву быть допрошенным*; оно шире и предполагает право подсудимого на *свободный рассказ*, после которого стороны могут задать ему вопросы по правилам перекрестного допроса.

3. Существенно изменилась роль суда при допросе. Председательствующий отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу. Наводящим считается вопрос, который ставится таким образом, что внушает желаемый ответ (например: «Вы ведь и раньше употребляли наркотики?» или «Вы передали наркотик этому человеку?»). Строго говоря, наводящим является всякий вопрос, на который может быть дан ответ «да» или «нет», поскольку вся информация уже «заготовлена» в вопросе допрашивающего лица и ее остается лишь подтвердить или отвергнуть.

Суд вправе задавать вопросы допрашиваемому только после окончания его допроса (главного и перекрестного) сторонами. Это предохраняет правосудие от превращения судьи в главное действующее лицо при допросе, которое, как показывает практика, чаще всего становится «вторым прокурором». Следует обратить внимание на то, что согласно ч. 3 комм. статьи суд не допрашивает, а только *задает вопросы* подсудимому. Это значит, что суд не вправе брать на себя задачи сторон по изобличению либо, наоборот, оправданию подсудимого. Как указал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 20.04.99 г. по делу о проверке конституционности положений п. 1 и 3 ч. 1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда г. Н. Новгород, «состязательность в уголовном судопроизводстве во всяком случае предполагает, что возбуждение уголовного преследования, формулирование обвинения и его поддержание перед судом обеспечивается указанными в законе органами и должностными лицами, а также потерпевшими. Возложение же на суд обязанности в той или иной форме подменять деятельность этих органов и лиц по осуществлению функции обвинения не согласуется с предписанием статьи 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации и препятствует независимому и беспристрастному осуществлению правосудия судом, как того требуют статья 120 (часть 1) Конституции Российской Федерации, а также нормы ратифицированных Российской Федерацией международных договоров (статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах)». С учетом названных положений, *суд не должен превращать свои вопросы в новый главный допрос* подсудимого. Вопросы суда могут иметь уточняющий характер, а также могут иметь целью выяснение причин противоречий в показаниях подсудимого и других лиц. Представляется, что суд вправе выяснять у подсудимого обстоятельства, которые не исследовались сторонами в ходе главного и перекрестного допросов, однако только при соблюдении условий субсидиарной судейской активности (см. об этом п. 2 комм. к ст. 15 и п. 2 комм. к ст. 244).

Важно отметить, что закон устанавливает санкцию за нарушение правил перекрестного допроса. Так, если председательствующий в нарушение права защитника первым допрашивать подсудимого и обязанности суда «подключаться» к допросу лишь после окончания его сторонами берет на себя первую роль в допросе подсудимого, это следует рассматривать как «иное нарушение права обвиняемого пользоваться помощью защитника», что является *безусловным кассационным основанием для отмены судебного решения* (п. 4 ч. 2 ст. 381 УПК).

4. Суд по ходатайству какой-либо из сторон вправе изменить общий порядок допроса подсудимого, согласно которому первой его допрашивает сторона защиты, а сторона обвинения — второй, при условии, что в уголовном деле участвует *несколь-*

ко подсудимых. Основанием данной нормы является *принцип равенства сторон* в состязательном процессе. В самом деле, допрос нескольких подсудимых, начинаемый каждый раз их защитниками, может дать неправомерный перевес стороне защиты, дав подсудимым возможность уже в ходе допроса беспрепятственно согласовать свои показания. Поэтому по ходатайству обвинителя суд может дать ему возможность первым допрашивать всех или некоторых подсудимых. По этому поводу суд, после заслушивания мнения сторон, должен принять особое постановление (определение).

СТАТЬЯ 276
ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ ПОДСУДИМОГО

1. Оглашение показаний подсудимого, данных при производстве предварительного расследования, а также воспроизведение приложенных к протоколу допроса материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки его показаний могут иметь место по ходатайству сторон в следующих случаях:

1) при наличии существенных противоречий между показаниями, данными подсудимым в ходе предварительного расследования и в суде, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 1 части второй статьи 75 настоящего Кодекса;

2) когда уголовное дело рассматривается в отсутствие подсудимого в соответствии с частями четвертой и пятой статьи 247 настоящего Кодекса *(в ред. ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

3) отказа от дачи показаний, если соблюдены требования пункта 3 части четвертой статьи 47 настоящего Кодекса.

2. Требования части первой настоящей статьи распространяются также на случаи оглашения показаний подсудимого, данных ранее в суде.

3. Не допускаются демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допроса, а также воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки допроса без предварительного оглашения показаний, содержащихся в соответствующем протоколе допроса или протоколе судебного заседания.

1. Оглашение показаний подсудимого, данных им на предварительном расследовании, — это, в сущности, оглашение протоколов его допросов. Будучи оглашены, такие протоколы подвергаются исследованию в судебном разбирательстве и, таким образом, могут быть использованы судом при принятии итогового решения по делу. Учитывая, что данное лицо на досудебных стадиях допрашивается следователем или дознавателем без непосредственного судебного контроля, т.е. инквизиционным порядком, в условиях, когда неправомерное воздействие на подозреваемого или обвиняемого может остаться скрытым, использование этих протоколов для обоснования обвинительного приговора есть отступление от принципов устности и непосредственности судебного процесса. Придание протоколам допросов статуса судебных доказательств можно было бы признать правильным, если бы содержащиеся в них показания были получены на предварительном расследовании в присутствии не только защитника, но и судьи, в ходе перекрестного допроса обвиняемого.

2. В комм. статье предусмотрены четыре условия для оглашения в судебном разбирательстве показаний обвиняемого, данных на предварительном расследовании, а также для воспроизведения приложенных к протоколу допроса материалов:

1) одна из сторон или обе стороны одновременно ходатайствуют об этом;

2) имеются существенные противоречия в показаниях подсудимого в суде и на предварительном расследовании;

3) уголовное дело о преступлении небольшой или средней тяжести рассматривается в отсутствие подсудимого, если подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного дела в его отсутствие (ч. 4 ст. 247);

4) подсудимый отказался от дачи показаний, если он ранее был предупрежден о том, что его показания (протоколы) могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в т.ч. и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, предусмотренного п. 1 ч. 2 ст. 75 (п. 3 ч. 4 ст. 47).

Существенное противоречие в показаниях — это либо заявление подсудимого в судебном заседании об отказе *от ранее данных показаний*, либо наличие в его показаниях в суде и на предварительном расследовании таких расхождений, которые имеют значение для решения вопроса об уголовной ответственности.

СТАТЬЯ 277
ДОПРОС ПОТЕРПЕВШЕГО

1. Потерпевший допрашивается в порядке, установленном частями второй—шестой статьи 278 настоящего Кодекса.

2. Потерпевший с разрешения председательствующего может давать показания в любой момент судебного следствия.

1. Потерпевший допрашивается по правилам допроса свидетеля, за исключением предписаний, указанных в ч. 1 ст. 278, где говорится, что свидетели допрашиваются *порознь* и *в отсутствие недопрошенных* свидетелей. Однако нам представляется маловероятным, чтобы законодатель, делая это изъятие, имел в виду, что потерпевшие могут допрашиваться не порознь, а все одновременно.

2. Изъятием из общих правил о том, что первой представляет доказательства сторона обвинения и о том, что очередность исследования доказательств определяется стороной, представившей доказательства суду, потерпевший вправе в любой момент судебного следствия дать показания. Слова «с разрешения председательствующего» означают, что инициатива дачи показаний должна при этом исходить от потерпевшего; суд не вправе по своему усмотрению приступать к его допросу, он может только разрешить дачу показаний. Поскольку дача показаний — это право потерпевшего (п. 2 ч. 2 ст. 42), суд может не дать такого разрешения потерпевшему лишь по процедурным основаниям (например, чтобы не прерывать показаний подсудимого или свидетеля), но не по мотивам преждевременности, нецелесообразности и т.п. При первой возможности потерпевшему, заявившему соответствующее ходатайство, должна быть предоставлена возможность высказаться.

3. По смыслу ч. 2—3 ст. 278 потерпевший допрашивается по правилам перекрестного допроса; о его свободном рассказе в названной статье не упоминается. Однако если инициатива дачи показаний исходит от потерпевшего, государственный обвини-

тель, которому полагается в таком случае первому задавать вопросы (ч. 3 ст. 278), может затрудниться в выполнении этой обязанности, т.к. ему может быть не известно, о чем собирается рассказать потерпевший. Представляется, что право потерпевшего *давать показания* не сводится лишь к его праву быть допрошенным по правилам, установленным ч. 2—6 ст. 278; оно имеет более широкое содержание и предполагает право потерпевшего на свободный рассказ, после которого стороны могут задать потерпевшему необходимые вопросы.

СТАТЬЯ 278
ДОПРОС СВИДЕТЕЛЕЙ

1. Свидетели допрашиваются порознь и в отсутствие недопрошенных свидетелей.

2. Перед допросом председательствующий устанавливает личность свидетеля, выясняет его отношение к подсудимому и потерпевшему, разъясняет ему права, обязанности и ответственность, предусмотренные статьей 56 настоящего Кодекса, о чем свидетель дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

3. Первой задает вопросы свидетелю та сторона, по ходатайству которой он вызван в судебное заседание. Судья задает вопросы свидетелю после его допроса сторонами.

4. Допрошенные свидетели могут покинуть зал судебного заседания до окончания судебного следствия с разрешения председательствующего, который при этом учитывает мнение сторон.

5. При необходимости обеспечения безопасности свидетеля, его близких родственников, родственников и близких лиц суд без оглашения подлинных данных о личности свидетеля вправе провести его допрос в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление.

6. В случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями.

1. Свидетели должны допрашиваться в отсутствие недопрошенных свидетелей. Однако согласно ст. 264 явившиеся свидетели до начала их допроса удаляются из зала судебного заседания, поэтому реальное практическое содержание данная норма приобретает лишь в случаях, когда по недосмотру председательствующего или судебного пристава кто-то из явившихся свидетелей остался в зале судебного заседания. Представляется, что в подобном случае свидетели, выслушавшие показания другого свидетеля, уже не могут быть допрошены, т.к. их показания в силу ст. 75 будут являться недопустимыми.

Может возникнуть вопрос, наступают ли такие же последствия, когда в зале судебного заседания присутствуют лица, необходимость в допросе которых была выявлена уже в ходе судебного следствия? Думается, что для такого вывода нет основа-

ний, т.к. согласно ч. 1 ст. 56 свидетелем является лицо, которое *вызвано* для дачи показаний. Следовательно, до момента, когда было принято решение допросить лицо, присутствующее в зале судебного заседания, в качестве свидетеля, оно таковым еще не являлось, и поэтому может быть допрошено. При этом суд при оценке доказательств должен учесть его информированность о содержании показаний других свидетелей.

2. Допрос свидетеля производится по правилам перекрестного допроса (см. об этом п. 1, 3 комм. к ст. 275).

3. Хотя в комм. статье говорится о том, что свидетель может покинуть зал судебного заседания с разрешения *председательствующего,* нам представляется, что это решение должно приниматься всем составом суда или единоличным судьей в форме соответственно определения или постановления, поскольку председательствующий обязан перед этим выяснить мнение сторон. Но тем более он должен в таком случае выяснить мнение остальных судей. Просьба допрошенного свидетеля удалиться из зала судебного заседания в процессуальном отношении есть не что иное, как его *ходатайство* (п. 5 ч. 4 ст. 56), но порядок разрешения ходатайств в суде предполагает вынесение судом определения или постановления (ч. 2 ст. 271).

4. Допрос свидетеля в условиях, исключающих его визуальное наблюдение другими, кроме суда, участниками судебного разбирательства, производится по основаниям, предусмотренным ч. 3 ст. 11, а именно при наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю или иным участникам уголовного судопроизводства, а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями. Речь не идет о том, что свидетель допрашивается только судом без участия сторон. В части 5 комм. статьи говорится об исключении лишь *визуального* (зрительного) наблюдения свидетеля другими участниками судебного разбирательства, но не исключает, а, напротив, предполагает сохранение слухового восприятия показаний и возможность главного и перекрестного допроса. Практически это означает, что допрашиваемый свидетель должен находиться в другом помещении, вне зала судебного разбирательства, которое оборудовано аппаратурой для двусторонней аудиосвязи.

Конституционный Суд РФ признал правомерность анонимного допроса свидетелей и потерпевших в отсутствие их визуального наблюдения другими участниками судебного разбирательства при необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их родственников и близких лиц[1].

В практике Европейского Суда по правам человека не раз возникал вопрос о допустимости анонимных показаний, полученных вне визуального контакта допрашивающих и допрашиваемых лиц. Использование внутригосударственными судами таких показаний, как правило, не вызывает возражений Европейского Суда, если соблюдены следующие условия: а) имеются достаточные данные о наличии реальной угрозы запугивания или насилия в отношении свидетелей; б) анонимные показания не являются единственным или даже главным основанием обвинительного приговора; в) анонимные свидетели не являются штатными сотрудниками полиции, если речь

[1] См. Определение КС РФ от 21.04.2005 г. № 240-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ермакова М.Б. на нарушение его конституционных прав ч. 9 ст. 166, ч. 5 ст. 193 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ // СПС «КонсультантПлюс», 2006.

не идет о совершенно исключительных обстоятельствах[1]; г) защитникам-адвокатам предоставлена возможность допросить анонимных свидетелей *непосредственно* (т.е. при визуальном с ними контакте), хотя и в отсутствие обвиняемого, так что защитники имели возможность наблюдать за реакцией свидетелей на вопросы и судить о правдивости их ответов[2].

Как можно видеть, три последние условия не предусмотрены ч. 5 комм. статьи УПК РФ, в связи с чем нельзя исключить по этому поводу обращений в Европейский Суд.

5. Сокрытие сведений о лице, дающем показания, может быть отменено решением суда по обоснованному ходатайству сторон или стороны. Основанием для такого ходатайства могут служить, например, сведения, позволяющие предполагать, что данный свидетель не мог воспринимать обстоятельства, о которых он рассказывает, т.к. в тот момент находился в другом месте, а также любые другие данные, дискредитирующие этого свидетеля, если вопрос о доверии к его показаниям тесно связан с идентификацией его личности.

6. В частях 5—6 комм. статьи упоминается о том, что суд не оглашает *подлинных* данных о личности свидетеля, в отношении которого предпринимаются вышеназванные меры защиты. Означает ли это, что могут быть оглашены неподлинные, т.е. вымышленные, данные о его личности? Представляется, что по аналогии с ч. 9 ст. 166 суд при необходимости обеспечить безопасность свидетеля должен вынести определение (постановление), в котором излагает причины сохранения в тайне сведений о личности свидетеля и присваивает ему *псевдоним.* В определении (постановлении) должен также быть приведен образец подписи свидетеля, которой он будет пользоваться при даче подписки о разъяснении ему прав, обязанностей и ответственности свидетеля. В ходе судебного разбирательства свидетель выступает под псевдонимом (например, «Первый», «Второй» и т.п.), который должен выглядеть именно как псевдоним, не вводя в заблуждение участников судебного разбирательства относительно личности свидетеля. Поэтому недопустимы псевдонимы, состоящие из вымышленных фамилии, имени, отчества (например, «Сидоров Иван Петрович»).

СТАТЬЯ 279
ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ПОТЕРПЕВШИМ И СВИДЕТЕЛЕМ ПИСЬМЕННЫХ ЗАМЕТОК И ДОКУМЕНТОВ

1. Потерпевший и свидетель могут пользоваться письменными заметками, которые предъявляются суду по его требованию.

2. Потерпевшему и свидетелю разрешается прочтение имеющихся у них документов, относящихся к их показаниям. Эти документы предъявляются суду и по его определению или постановлению могут быть приобщены к материалам уголовного дела.

1. Письменные заметки, о которых говорится в ч. 1 комм. статьи, могут использоваться в тех случаях, когда трудно удержать в памяти цифры, даты, технические подробности и т.п. Они не должны превращаться в заранее приготовленный текст показа-

---

[1] См. решение по делу «Van Mechelen v. The Netherland» от 23.04.97 г.

[2] См. решение по делу «Doorson v. The Netherland» от 26.03.96 г.

ний, которые свидетель или потерпевший зачитывают суду. Если суд сочтет, что характер заметок таков, что нарушает принцип устности судебного разбирательства и непосредственности исследования доказательств, он вправе запретить свидетелю или потерпевшему пользоваться ими во время допроса.

2. Сказанное относится и к зачтению свидетелями и потерпевшими документов, относящихся к их показаниям. Показания свидетеля и потерпевшего — это сведения, сообщаемые на допросе ими самими (ст. 78, 79), поэтому зачитываемые документы должны использоваться лишь для подкрепления (доказывания) сообщаемых этими лицами сведений. Если суд после предъявления этих документов откажет в приобщении их к материалам дела в качестве доказательств (по мотивам того, что они недопустимы или не имеют отношения к делу), показания свидетеля или потерпевшего в той части, в которой они состоят из сведений, взятых из зачитанных ими документов, также должны считаться недопустимыми или не относящимися к делу.

3. В комм. статье говорится только о праве свидетелей и потерпевших пользоваться письменными заметками и зачитывать документы. Однако в силу принципа равенства всех перед законом такое же право должно принадлежать подсудимому, его законному представителю (п. 2 ч. 1 ст. 428), а также гражданскому истцу и гражданскому ответчику при даче ими показаний (п. 5 ч. 3 ст. 44, п. 5 ч. 2 ст. 54).

СТАТЬЯ 280
ОСОБЕННОСТИ ДОПРОСА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ПОТЕРПЕВШЕГО И СВИДЕТЕЛЯ

1. При участии в допросе потерпевших и свидетелей в возрасте до четырнадцати лет, а по усмотрению суда и в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет участвует педагог. Допрос несовершеннолетних потерпевших и свидетелей, имеющих физические или психические недостатки, проводится во всех случаях в присутствии педагога.

2. До начала допроса несовершеннолетнего председательствующий разъясняет педагогу его права, о чем в протоколе судебного заседания делается соответствующая запись.

3. Педагог вправе с разрешения председательствующего задавать вопросы несовершеннолетнему потерпевшему, свидетелю.

4. При необходимости для участия в допросе несовершеннолетних потерпевших и свидетелей, указанных в части первой настоящей статьи, вызываются также их законные представители, которые могут с разрешения председательствующего задавать вопросы допрашиваемому. Допрос потерпевшего или свидетеля, не достигшего возраста четырнадцати лет, проводится с обязательным участием его законного представителя.

5. Перед допросом потерпевших и свидетелей, не достигших возраста шестнадцати лет, председательствующий разъясняет им значение для уголовного дела полных и правдивых показаний. Об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний эти лица не предупреждаются и подписка у них не берется.

6. В целях охраны прав несовершеннолетних по ходатайству сторон, а также по инициативе суда допрос потерпевших и свидетелей, не достигших возраста

восемнадцати лет, может быть проведен в отсутствие подсудимого, о чем суд выносит определение или постановление. После возвращения подсудимого в зал судебного заседания ему должны быть сообщены показания этих лиц и предоставлена возможность задавать им вопросы.

7. По окончании допроса потерпевший или свидетель, не достигший возраста восемнадцати лет, педагог, присутствовавший при его допросе, а также законные представители потерпевшего или свидетеля могут покинуть зал судебного заседания с разрешения председательствующего.

1. Педагог, участвующий в допросе несовершеннолетнего свидетеля или потерпевшего, по своему процессуальному положению является *специалистом* (ст. 58, 251). Как таковой он вправе отказаться от участия в судебном разбирательстве, если не обладает достаточными специальными познаниями; задавать вопросы несовершеннолетнему свидетелю или потерпевшему; делать заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол; приносить жалобы на действия суда (ч. 3 ст. 58); давать показания (ч. 4 ст. 271), в рамках которых он разъясняет суду и сторонам вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58). Следует иметь в виду, что педагог должен быть полностью не заинтересованным в деле лицом (ст. 71), что необходимо учитывать при выборе его кандидатуры. Если, например, потерпевший и подсудимый оба являются несовершеннолетними, а учебное заведение, где учится несовершеннолетний подсудимый, дает последнему положительную характеристику, обычно не следует приглашать оттуда педагога. Между законным представителем потерпевшего и таким педагогом может возникнуть конфликт по поводу обоснованности характеристики и заинтересованности педагога в данном деле.

2. В качестве законного представителя несовершеннолетнего приглашаются один из его родителей, опекун или попечитель. Если указанных лиц у несовершеннолетнего не имеется, в качестве его законного представителя суд вызывает представителя органа опеки и попечительства (см. п. 9 комм. к ст. 5). Неявка последнего не приостанавливает рассмотрения дела, за исключением случаев, когда это признает необходимым суд. В отличие от законного представителя несовершеннолетнего подсудимого (ст. 428), законный представитель свидетеля и потерпевшего не может быть отстранен от участия в судебном разбирательстве, даже если есть основания полагать, что действия законного представителя наносят ущерб законным интересам несовершеннолетнего (например, если имеются основания полагать, что под влиянием своего представителя несовершеннолетний дает недостоверные показания).

3. Согласно ч. 2 ст. 54 и ч. 2 ст. 56 *СК* каждый несовершеннолетний имеет право на обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение его человеческого достоинства, на защиту от злоупотреблений со стороны родителей (лиц, их заменяющих). Когда указанные права находятся под угрозой со стороны подсудимого, то по ходатайству сторон либо по инициативе суда допрос несовершеннолетних потерпевших и свидетелей может быть проведен в отсутствие подсудимого. Закон не запрещает, однако, участия в допросе несовершеннолетнего защитника такого подсудимого, что представляется нам совершенно необходимым с точки зрения обеспечения права на защиту.

СТАТЬЯ 281
ОГЛАШЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ ПОТЕРПЕВШЕГО И СВИДЕТЕЛЯ

1. Оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства а также демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допросов, воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки допросов допускаются с согласия сторон в случае неявки потерпевшего или свидетеля, за исключением случаев, предусмотренных частью второй настоящей статьи.

2. При неявке в судебное заседание потерпевшего или свидетеля суд вправе по ходатайству стороны или по собственной инициативе принять решение об оглашении ранее данных ими показаний в случаях:

1) смерти потерпевшего или свидетеля;

2) тяжелой болезни, препятствующей явке в суд;

3) отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда;

4) стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд.

3. По ходатайству стороны суд вправе принять решение об оглашении показаний потерпевшего или свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования либо в суде, при наличии существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде.

4. Заявленный в суде отказ потерпевшего или свидетеля от дачи показаний не препятствует оглашению его показаний, данных в ходе предварительного расследования, если эти показания получены в соответствии с требованиями части второй статьи 11 настоящего Кодекса.

5. Не допускаются демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допроса, а также воспроизведение аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки допроса без предварительного оглашения показаний, содержащихся в соответствующем протоколе допроса или протоколе судебного заседания.

1. Значение положений, содержащихся в комм. статье, выходит далеко за рамки судебного следствия и судебного разбирательства. Во многом благодаря им российский уголовный процесс реально стал обретать черты состязательного судопроизводства. Эти нормы являются гарантией права каждого обвиняемого на *очную ставку*, т.е. права допрашивать показывающих против него свидетелей или права на то, чтобы эти свидетели были допрошены (подп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.).

Оглашение, а значит, и использование в качестве судебных доказательств протоколов допросов свидетелей и потерпевших, полученных на предварительном расследовании или в предыдущих судебных заседаниях, а также сопутствующих им материалов, вместо непосредственного и устного заслушивания показаний этих лиц, теперь стало возможным в случае *неявки* потерпевшего или свидетеля, как правило, только с *согласия сторон*. Иначе говоря, любой из участников судебного разбирательства,

выступающий либо со стороны обвинения, либо со стороны защиты, может в большинстве случаев наложить «вето» на оглашение протоколов допросов неявившегося в судебное заседание свидетеля или потерпевшего, которые вследствие этого фактически становятся недопустимыми доказательствами.

Иногда суды игнорируют положения ч. 1 комм. статьи, что является существенным нарушением уголовно-процессуального закона. Так, в постановлении Президиума ВС РФ от 08.02.2006 г. № 329п2005 было рассмотрено подобное нарушение. При этом Президиум указал следующее:

> «Как на одно из основных доказательств вины С. в содеянном суд сослался в приговоре на показания свидетеля Зацман, пояснившей, что осужденный ударил ножом Т. Причем эти показания, изобличавшие осужденного в содеянном, Зацман давала в ходе предварительного следствия. В судебное заседание свидетель не явилась. По ходатайству прокурора суд огласил ее показания, данные на следствии, и положил их в основу приговора. Однако это решение суда не основано на требованиях закона. Согласно п. 2 ч. 1 ст. 281 УПК РФ (в редакции от 22.11.2001 г.) оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, а также демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допросов, воспроизведение аудио- (или) видеозаписи, киносъемки допросов допускается с согласия сторон в случае неявки потерпевшего или свидетеля в судебное заседание.
>
> Сторонами в соответствии с п. 45 ст. 5 УПК РФ признаются участники уголовного судопроизводства, выполняющие функции обвинения или защиты от обвинения. С учетом этих требований закона для оглашения показаний в случаях, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 281 УПК РФ, необходимо согласие обеих сторон. При возражении одной из сторон оглашение показаний не допускается. Как усматривается по настоящему делу, прокурор заявил ходатайство об оглашении показаний Зацман, данных на следствии, ввиду ее неявки в суд. Против этого ходатайства возражали адвокат Коваленко и подсудимый С. При таких обстоятельствах суд не имел права в соответствии со ст. 281 УПК РФ оглашать объяснения Зацман, полученные в период расследования...
>
> В кассационной жалобе адвокат Коваленко приводил аналогичные доводы в части, касающейся оглашения показаний свидетеля Зацман с нарушением требований закона, указанных в ст. 281 УПК РФ. Судебная коллегия признала доводы жалобы необоснованными, сославшись на то, что в деле имеются объективные данные, которые препятствовали явке свидетеля в судебное заседание. Однако в законе, т.е. в ч. 1 ст. 281 УПК РФ, прописана возможность оглашения показаний свидетеля или потерпевшего лишь с согласия сторон, *а не оглашение их показаний ввиду объективных обстоятельств, препятствующих явке в судебное заседание* . С учетом изложенного нарушение процедуры судопроизводства повлекло нарушение права С. на защиту».

В отличие от УПК РСФСР (ст. 286), УПК РФ не придает значения в смысле оснований для оглашения ранее данных показаний потерпевших и свидетелей *причинам неявки* в судебное заседание потерпевшего или свидетеля.

2. Однако в ч. 2—3 ст. 281 УПК предусматривается и ряд исключений из правила ч. 1 комм. статьи. Так, при неявке в судебное заседание потерпевшего или свидетеля суд вправе по ходатайству даже одной из сторон либо по собственной инициативе принять решение об оглашении ранее данных ими показаний в случаях:

— смерти потерпевшего или свидетеля;

— тяжелой болезни, препятствующей явке в суд;

— отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда;

— стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд.

Кроме того, по ходатайству стороны суд может огласить показания явившегося в судебное заседание потерпевшего или свидетеля, ранее данные ими при производстве предварительного расследования либо в судебном заседании, при наличии существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде (о понятии существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде, см. п. 2 комм. к ст. 276).

Не допускаются также демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допроса, а также воспроизведение аудио- или видеозаписи, киносъемки допроса без предварительного оглашения показаний, содержащихся в соответствующем протоколе допроса или протоколе судебного заседания.

3. Согласно ч. 4 комм. статьи заявленный в суде отказ потерпевшего или свидетеля, обладающих свидетельским иммунитетом, от дачи показаний (т.е. против самого себя, своего супруга или близких родственников) не препятствует оглашению его показаний, данных в ходе предварительного расследования, — но только при условии, если они ранее согласились дать показания по обстоятельствам, защищаемым этим иммунитетом, будучи предупреждены дознавателем, следователем, прокурором или судом о том, что их показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу (ч. 2 ст. 11 УПК). На наш взгляд, предмет оглашаемых показаний также должен охватывать лишь круг обстоятельств, защищаемых в иных случаях этим иммунитетом.

Следует иметь в виду, что оглашение в судебном заседании прежних показаний отказавшегося от дачи показаний свидетеля или потерпевшего, данных им на предварительном расследовании против обвиняемого, неправомерно, если тот *не являлся супругом или близким родственником свидетеля или потерпевшего*. Иное толкование ч. 2 ст. 11 приводило бы к абсурдному и противоречащему смыслу ст. 281 выводу, что любые показания, данные свидетелями и потерпевшими на предварительном расследовании, могут оглашаться в суде на том лишь формальном основании, что всем им перед допросом разъясняется право на свидетельский иммунитет, независимо от того, по какому предмету ими были даны показания.

4. Иногда в качестве «основания» для оглашения показаний неявившихся в судебное заседание свидетелей и потерпевших суды неправомерно используют ссылки на состязательный характер уголовного судопроизводства, при котором стороны должны находиться в равных условиях, и поэтому обвинитель якобы должен иметь возможность использовать любые доказательства, в т.ч. и протоколы допросов неявившихся лиц.

Так, например, окружной военный суд в определении от 20.03.2003 г. по делу по обвинению М. и др. записал буквально следующее:

«Действительно в ч. 1 ст. 281 УПК РФ содержится указание о том, что оглашение показаний потерпевшего и свидетелей допускается при неявке в судебное заседание свидетеля и потерпевшего при согласии сторон. Однако выполнение этого условия при наличии соответствующего ходатайства одной из сторон, то есть получение согласия другой стороны

как участника уголовного процесса на оглашение показаний потерпевшего или свидетеля, не позволяет лицам, принимающим участие в уголовном процессе, выполнить на основе состязательности функции обвинения (уголовного преследования) или защиты от обвинения. Выполнение такого условия одной из сторон уголовного судопроизводства противоречит ч. 4 ст. 15 УПК РФ, согласно которой сторона обвинения и защиты осуществляет свои функции в уголовном процессе на основе принципов состязательности и равноправия перед судом. В соответствии со ст. 123 Конституции РФ судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

Эти конституционные принципы правосудия согласно ст. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 04.03.2003 г. «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 части первой и части третьей статьи 232 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Л.И.Батышева, Ю.Е.Евграфова, О.В.Фролова и А.В.Шмелева» предполагают неукоснительное следование *процедуре уголовного преследования, что гарантирует соблюдение процессуальных прав участников уголовного судопроизводства* . Поэтому в случае нарушения конституционных принципов состязательности и равноправия сторон суд, самостоятельно осуществляя правосудие (ст. 120 Конституции РФ), вправе принимать в соответствии с уголовно-процессуальным законом *меры по их устранению* с целью восстановления нарушенных прав, что позволяет всесторонне и объективно рассмотреть дело по существу. Тем самым обеспечивается право каждого на судебную защиту его прав и свобод (ст. 46 Конституции РФ) и право потерпевшего на доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба (ст. 52 Конституции РФ).

Согласно ч. 1 ст. 15 Конституции РФ Конституция имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. В соответствии с этим конституционным положением суд при рассмотрении данного дела оценивает содержание закона (ч. 1 ст. 281 УПК РФ), регулирующего закрепленные правоотношения, исходя из конституционных принципов, указанных в ч. 3 ст. 123 Конституции о том, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

Соглашаясь на оглашение показаний потерпевших Г., М., Д. и свидетелей К., Д. по инициативе стороны обвинения, суд применяет непосредственно ст. 46 и ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, обеспечив тем самым предусмотренные ст.15 УПК РФ условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Другое толкование закона приведет к невозможности (при отсутствии согласия сторон) оглашения тех показаний потерпевшего и свидетеля, которые могут как уличать, так и оправдывать подсудимого, и не будет способствовать назначению уголовного судопроизводства»[1].

Не говоря уже о том, что согласно ст. 101 ФКЗ от 21.07.94 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» суд при рассмотрении дела в любой инстанции, придя к выводу о несоответствии Конституции РФ закона, примененного или подлежащего применению в указанном деле, обращается в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности данного закона, а не самостоятельно признает его неконституционным, военный суд не учел и того обстоятельства, что состязательность процесса невозможна без соблюдения принципа непосредственности исследования доказательств, в т.ч. без очной ставки со свидетелями обвинения. Поэтому запрет на оглашение в судебном заседании протоколов допросов неявившихся свидетелей и потерпевших является как раз гарантией состязательности, а не отступлением от нее (см. об этом комм. к ст. 240).

---

[1] См. http://logos.air.spb.ru/ru/docs/opredelenie_200303

СТАТЬЯ 282
ДОПРОС ЭКСПЕРТА

1. По ходатайству сторон или по собственной инициативе суд вправе вызвать для допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования, для разъяснения или дополнения данного им заключения.

2. После оглашения заключения эксперта ему могут быть заданы вопросы сторонами. При этом первой вопросы задает сторона, по инициативе которой была назначена экспертиза.

3. При необходимости суд вправе предоставить эксперту время, необходимое для подготовки ответов на вопросы суда и сторон.

1. Часть 1 комм. статьи практически воспроизводит положение ст. 289 УПК РСФСР, допуская допрос эксперта, давшего заключение на предварительном расследовании, не только для разъяснения, но и для *дополнения* ранее данного им заключения. Между тем дополнение экспертного заключения не может являться содержанием показаний, а должно быть предметом дополнительной экспертизы (ч. 1 ст. 207 УПК РФ), поскольку требует проведения экспертных исследований. Такой вывод подтверждается и содержанием ч. 2 ст. 80, согласно которой показания эксперта — это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном после получения его заключения, в целях разъяснения или *уточнения* данного заключения. Как можно заметить, в данной норме общего характера, посвященной показаниям эксперта, речь идет не о дополнении, а лишь об уточнении ранее данного заключения. В отличие от дополнения, уточнение заключения, как правило, не требует проведения дополнительных исследований, а имеет целью конкретизировать выводы эксперта на основе уже проведенных исследований. Поэтому уточнение заключения может быть предметом допроса эксперта.

2. Помимо допроса эксперта закон предусматривает и допрос специалиста, который может привлекаться в судебное разбирательство по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271) так же, как и эксперт, для *разъяснения* сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (см. об этом п. 2 комм. к ст. 58).

СТАТЬЯ 283
ПРОИЗВОДСТВО СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. По ходатайству сторон или по собственной инициативе суд может назначить судебную экспертизу.

2. В случае назначения судебной экспертизы председательствующий предлагает сторонам представить в письменном виде вопросы эксперту. Поставленные вопросы должны быть оглашены и по ним заслушаны мнения участников судебного разбирательства. Рассмотрев указанные вопросы, суд своим определением или постановлением отклоняет те из них, которые не относятся к уголовному делу или компетенции эксперта, формулирует новые вопросы.

3. Судебная экспертиза производится в порядке, установленном главой 27 настоящего Кодекса.

4. Суд по ходатайству сторон либо по собственной инициативе назначает повторную либо дополнительную судебную экспертизу при наличии противоречий

между заключениями экспертов, которые невозможно преодолеть в судебном разбирательстве путем допроса экспертов.

1. Помимо допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования, суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе может назначить в судебном разбирательстве судебную экспертизу.

2. О порядке назначения и проведения экспертизы см. комм. к ст. 195—207.

3. В случае назначения судебной экспертизы сторонам предписывается представить вопросы эксперту, сформулированные *письменно* (ч. 2 комм. статьи). В затруднительное положение попадает при этом подсудимый, если у него нет защитника-адвоката, а также гражданский истец и гражданский ответчик, если их интересы также не представляет профессиональный юрист. Поэтому законодатель предусмотрел при назначении судебной экспертизы возможность проявления судом *субсидиарной* активности (см. о ней п. 2 комм. к ст. 244). Так, рассмотрев представленные сторонами письменные вопросы, суд своим определением или постановлением отклоняет те из них, которые не относятся к данному уголовному делу или компетенции эксперта, и *сам формулирует новые вопросы.*

4. Если в уголовном деле имеется несколько заключений экспертов, выводы которых *противоречат друг другу*, суд должен устранить указанное противоречие. При этом приоритет отдается более экономичному способу — допросу экспертов, которые разъясняют или уточняют свои заключения. Если же таким путем противоречия преодолеть невозможно, ч. 4 комм. статьи предусматривает проведение повторной либо *дополнительной* экспертизы. Однако это не согласуется с ч. 2 ст. 207, в соответствие с которой в случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или *наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов* по тем же вопросам назначается *повторная* экспертиза, производство которой поручается другому эксперту. Дополнительная же экспертиза назначается лишь тогда, когда одно (или несколько) из заключений экспертов недостаточно ясны или полны, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела. Таким образом, наличие противоречий между заключениями экспертов может быть устранено проведением не дополнительной, а только повторной экспертизы. Что же касается устранения этого противоречия с помощью допроса экспертов, то этот способ, по нашему мнению, годится только для тех случаев, когда противоречие между заключениями экспертов мнимое и преодолевается посредством словесного разъяснения и уточнения заключений.

СТАТЬЯ 284
ОСМОТР ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

1. Осмотр вещественных доказательств проводится в любой момент судебного следствия по ходатайству сторон. Лица, которым предъявлены вещественные доказательства, вправе обращать внимание суда на обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела.

2. Осмотр вещественных доказательств может проводиться судом по месту их нахождения.

1. О понятии вещественных доказательств, порядке их собирания и хранения см. комм. к ст. 81—82.

2. Согласно комм. статье осмотр вещественных доказательств проводится *по ходатайству сторон.* Суд должен рассмотреть ходатайство стороны и удовлетворить его либо вынести определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства. Представляется, что суд не может отказать стороне в удовлетворении ходатайства об осмотре вещественных доказательств, если они имеют отношение к данному делу. Вместе с тем по смыслу ч. 1 ст. 86 суд вправе *собирать* доказательства, поэтому он может истребовать необходимые предметы и по собственной инициативе. В этом случае суд осматривает эти предметы, после чего решает вопрос о признании (или непризнании) их вещественными доказательствами. Однако исходя из основных начал состязательного процесса, суд должен проявлять лишь *субсидиарную активность* (см. о ней п. 2 комм. к ст. 244) в собирании доказательств, предоставляя по общему правилу приоритет в этом вопросе сторонам. Если вещественное доказательство имеет существенное значение для дела (например, при обвинении в незаконном хранении или сбыте наркотического вещества), а стороны не заявляют ходатайства о его осмотре, суд может сделать это по собственной инициативе.

СТАТЬЯ 285
ОГЛАШЕНИЕ ПРОТОКОЛОВ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И ИНЫХ ДОКУМЕНТОВ

1. Протоколы следственных действий, заключение эксперта, данное в ходе предварительного расследования, а также документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании, могут быть на основании определения или постановления суда оглашены полностью или частично, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела.

2. Протоколы следственных действий, заключение эксперта и иные документы оглашаются стороной, которая ходатайствовала об их оглашении, либо судом.

1. О понятии протоколов следственных действий и иных документов см. комм. к ст. 83—84.

2. Протоколы следственных действий, заключение эксперта, данное в ходе предварительного расследования, а также иные документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании (за исключением протоколов допросов подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетелей, для которых предусмотрен другой режим оглашения, — см. комм. к ст. 276, 281), оглашаются в судебном разбирательстве не всегда, а только по особому решению суда, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. По смыслу этой статьи инициатива в оглашении протоколов следственных действий, заключения эксперта и иных документов может исходить как от сторон, так и от суда. Из данной нормы вытекают два важных следствия:

1) письменные доказательства, полученные на досудебном производстве, используются судом лишь *факультативно* (могут оглашаться либо не оглашаться в судеб-

ном заседании). По возможности суд обязан *непосредственно* исследовать обстоятельства дела в условиях *устности* и *гласности* посредством судебных действий, и только когда это невозможно, оглашать и использовать в доказывании материалы предварительного расследования;

2) если суд не огласил протоколы следственных действий, заключение эксперта, данное в ходе предварительного расследования, и иные документы, приобщенные к уголовному делу, он теряет право использовать их при обосновании обвинительного приговора, поскольку приговор суда может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании (ч. 3 ст. 240).

СТАТЬЯ 286
ПРИОБЩЕНИЕ К МАТЕРИАЛАМ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ДОКУМЕНТОВ, ПРЕДСТАВЛЕННЫХ СУДУ

Документы, представленные в судебное заседание сторонами или истребованные судом, могут быть на основании определения или постановления суда исследованы и приобщены к материалам уголовного дела.

1. На наш взгляд, суд не вправе отказать стороне в удовлетворении ходатайства об исследовании и приобщении к уголовному делу представленных ею *иных документов* (ст. 84), если они допустимы в качестве доказательств и имеют отношение к обстоятельствам данного дела, ибо согласно ч. 3 ст. 15 он обязан создавать необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

2. Исследование документов состоит в их оглашении в судебном заседании, представление их для ознакомления сторонам, которые могут задать вопросы стороне, представившей документ, о его происхождении; заявить ходатайство о вызове и допросе лица, являющегося источником этого документа; высказать свое мнение об относимости и допустимости данного документа и возможности приобщения его к материалам дела, назначении экспертизы и т.д. Только после такого исследования названные документы могут быть положены в основу приговора.

СТАТЬЯ 287
ОСМОТР МЕСТНОСТИ И ПОМЕЩЕНИЯ

1. Осмотр местности и помещения проводится судом с участием сторон, а при необходимости и с участием свидетелей, эксперта и специалиста. Осмотр помещения проводится на основании определения или постановления суда.

2. По прибытии на место осмотра председательствующий объявляет о продолжении судебного заседания и суд приступает к осмотру, при этом подсудимому, потерпевшему, свидетелям, эксперту и специалисту могут быть заданы вопросы в связи с осмотром.

1. Осмотр местности и помещения проводится судом с соблюдением большинства правил следственного осмотра (см. комм. к ст. 176—177). В судебном осмотре, однако, не участвуют понятые, но зато присутствуют участники данного судебного разбирательства. Ход и результаты судебного осмотра фиксируются в протоколе су-

дебного заседания. Особенностью судебного осмотра является то, что он сочетает черты собственно осмотра и допроса подсудимого, потерпевшего, свидетелей, эксперта и специалиста, которым могут быть заданы вопросы в связи с осмотром.

2. При проведении судебного осмотра иногда довольно трудно соблюсти требование ч. 1 ст. 278 о том, что свидетели должны допрашиваться порознь и в отсутствие недопрошенных свидетелей. Поэтому закон не требует, чтобы при проведении судебного осмотра местности или помещения это предписание безусловно выполнялось. Однако при наличии для этого необходимых условий суду все же следует стремиться соблюсти данные правила, поскольку от этого зависит достоверность ответов свидетелей на вопросы, заданные им во время осмотра.

3. Согласно ч. 2 комм. статьи осмотр местности или помещения есть продолжение судебного заседания. Но в соответствии с ч. 1 ст. 241 судебное заседание при разбирательстве уголовных дел должно проходить *открыто*, т.е. в присутствии публики. Поэтому все желающие лица, начиная с 16-летнего возраста, вправе присутствовать и при проведении осмотра местности и помещения настолько, насколько это технически осуществимо и не создает существенных помех для проведения самого осмотра.

СТАТЬЯ 288
СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

1. Следственный эксперимент производится судом с участием сторон, а при необходимости и с участием свидетелей, эксперта и специалиста. Следственный эксперимент производится на основании определения или постановления суда.

2. Суд производит следственный эксперимент в соответствии с требованиями статьи 181 настоящего Кодекса.

Об условиях и порядке производства следственного эксперимента см. комм. к ст. 181. В остальном к судебному следственному эксперименту применимы правила ст. 287 об осмотре местности и помещения.

СТАТЬЯ 289
ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ДЛЯ ОПОЗНАНИЯ

В случае необходимости предъявления в суде для опознания лица или предмета опознание производится в соответствии с требованиями статьи 193 настоящего Кодекса.

1. Об условиях и порядке предъявления для опознания см. комм. к ст. 193.

2. Если в ходе предварительного расследования лицо или предмет уже предъявлялись для опознания свидетелю, потерпевшему, подозреваемому или обвиняемому, то в судебном разбирательстве повторное предъявление для опознания этого объекта тем же самым лицам исключается. Кроме того, довольно проблематичным представляется в судебном заседании предъявление подсудимого для опознания потерпевшему, который в отличие от свидетелей присутствует в судебном заседании начиная с его открытия и имеет возможность видеть и идентифицировать подсудимого (особенно если тот находится под стражей) еще до начала данного следственного дей-

ствия. Поэтому на практике суд иногда предлагает потерпевшим или свидетелям «опознать» подсудимого прямо в ходе их допроса, без соблюдения процедуры предъявления для опознания, установленной ст. 193. Если на предварительном расследовании предъявление для опознания как самостоятельное следственное действие не проводилось либо привело к отрицательному результату, то подобное импровизированное «опознание» в судебном заседании не имеет юридической силы. Более того, оно вполне способно повлечь за собой постановление незаконного и необоснованного приговора и потому может служить основанием для отмены приговора (ч. 1 ст. 381).

СТАТЬЯ 290
ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ

1. Освидетельствование производится на основании определения или постановления суда в случаях, предусмотренных частью первой статьи 179 настоящего Кодекса.

2. Освидетельствование лица, сопровождающееся его обнажением, производится в отдельном помещении врачом или иным специалистом, которым составляется и подписывается акт освидетельствования, после чего указанные лица возвращаются в зал судебного заседания. В присутствии сторон и освидетельствованного лица врач или иной специалист сообщает суду о следах и приметах на теле освидетельствованного, если они обнаружены, отвечает на вопросы сторон и судей. Акт освидетельствования приобщается к материалам уголовного дела.

1. Об основаниях проведения освидетельствования см. комм. к ст. 179.

2. Освидетельствование лица, сопровождающееся его обнажением, производится не судом, а врачом или иным специалистом, которым составляется и подписывается отдельный акт освидетельствования. Под *обнажением*, которое является основанием для такой процедуры, следует, на наш взгляд, считать либо полное обнажение освидетельствуемого, либо обнажение таких частей его тела, публичный показ которых с точки зрения общественной нравственности затрагивает чувство стыдливости.

3. Сведения, сообщаемые после проведения освидетельствования специалистом, составляют в данном случае содержание его показаний. Представляется, что допрос специалистов по обстоятельствам проведения освидетельствования должен проводиться по правилам допроса свидетелей, предусмотренных ст. 278, за исключением предписаний, содержащихся в п. 1, 5—6 названной статьи.

СТАТЬЯ 291
ОКОНЧАНИЕ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ

1. По окончании исследования представленных сторонами доказательств председательствующий опрашивает стороны, желают ли они дополнить судебное следствие. В случае заявления ходатайства о дополнении судебного следствия суд обсуждает его и принимает соответствующее решение.

2. После разрешения ходатайств и выполнения связанных с этим необходимых судебных действий председательствующий объявляет судебное следствие оконченным.

1. Под дополнением судебного следствия понимается проведение дополнительных судебных следственных действий по собиранию и проверке доказательств, а также приобщение судом к делу по ходатайству сторон новых предметов и документов в качестве доказательств. При этом, в случае необходимости, судебное разбирательство может быть отложено.

2. Объявление об окончании судебного следствия не означает, что судебное следствие по данному делу больше не может возобновиться (см. об этом комм. к ст. 294). Если стороны заявят до окончания последнего слова подсудимого *о необходимости* представления новых доказательств, суд своим решением вправе возобновить судебное следствие. Представление новых доказательств после объявления об окончании судебного следствия и до принятия решения о его возобновлении недопустимо.

ГЛАВА 38. ПРЕНИЯ СТОРОН И ПОСЛЕДНЕЕ СЛОВО ПОДСУДИМОГО

СТАТЬЯ 292
СОДЕРЖАНИЕ И ПОРЯДОК ПРЕНИЙ СТОРОН

1. Прения сторон состоят из речей обвинителя и защитника. При отсутствии защитника в прениях сторон участвует подсудимый.

2. В прениях сторон могут также участвовать потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, подсудимый вправе ходатайствовать об участии в прениях сторон.

3. Последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом. При этом первым во всех случаях выступает обвинитель, а последними — подсудимый и его защитник. Гражданский ответчик и его представитель выступают в прениях сторон после гражданского истца и его представителя.

4. Участник прений сторон не вправе ссылаться на доказательства, которые не рассматривались в судебном заседании или признаны судом недопустимыми.

5. Суд не вправе ограничивать продолжительность прений сторон. При этом председательствующий вправе останавливать участвующих в прениях лиц, если они касаются обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому уголовному делу, а также доказательств, признанных недопустимыми.

6. После произнесения речей всеми участниками прений сторон каждый из них может выступить еще один раз с репликой. Право последней реплики принадлежит подсудимому или его защитнику.

7. Лица, указанные в частях первой—третьей настоящей статьи, по окончании прений сторон, но до удаления суда в совещательную комнату вправе представить суду в письменном виде предлагаемые ими формулировки решений по вопросам, указанным в пунктах 1—6 части первой статьи 299 настоящего Кодекса. Предлагаемые формулировки не имеют для суда обязательной силы.

1. Судебные прения представляют собой этап судебного разбирательства, на котором участвующие в деле стороны в устных выступлениях высказывают свою позицию по делу, основанную на результатах судебного следствия.

2. Подсудимый вправе участвовать в судебных прениях лишь при условии, что он отказался от участия в деле защитника. Если защитник отсутствует по другим при-

чинам (не явился в судебное заседание, внезапно заболел и т.п.), суд должен принять меры по обеспечению подсудимого другим защитником в порядке ст. 50 УПК, при необходимости объявив перерыв в судебном заседании или отложив судебное разбирательство.

3. Потерпевший имеет право выступать в судебных прениях со стороны обвинения (п. 15 ч. 2 ст. 42). В ч. 2 комм. статьи, в частности, говорится, что гражданский истец, гражданский ответчик, их представители *вправе ходатайствовать* об участии в прениях сторон. Следует, однако, иметь в виду, что гражданский истец, гражданский ответчик, а также их представители в силу прямого указания закона (п. 15 ч. 4 ст. 44; п. 11 ч. 2 ст. 54) также *имеют право выступать* в судебных прениях. Поэтому суд не может отказать им в заявленном ходатайстве.

4. Несмотря на то, что в ч. 3 комм. статьи сказано, что последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом, усмотрение суда в этом вопросе ограничено последующим предложением, в котором последовательность участия сторон в прениях установлена достаточно жестко. Дискреционные полномочия суда по установлению последовательности выступлений в прениях практически касаются лишь тех случаев, когда в деле участвуют несколько обвинителей, защитников, подсудимых и т.д. В комм. статье, в отличие от ч. 3 ст. 295 УПК РСФСР, не предусмотрено, что суд устанавливает последовательность выступлений нескольких обвинителей, защитников и других одноименных участников судебного разбирательства, имеющих право слова в прениях сторон, *по их предложению.* Однако при прочих равных условиях суду следует прислушиваться к мнению сторон и учитывать его при принятии решения по этому вопросу. Что касается защитников, то сначала целесообразно давать возможность выступить тем из них, позиция которых, будучи высказана в прениях, может повлечь за собой ухудшение положения других подсудимых (например, когда один подсудимый изобличает другого), поскольку их защитники получают тогда возможность парировать аргументы, ставшие им известными из речи ранее выступившего коллеги. На практике суд также обычно заслушивает защитников исполнителей, затем организаторов преступления и после них — защитников тех соучастников, которые играли в совершении преступления менее заметную роль.

5. Предметом выступлений сторон в судебных прениях могут являться:

— рассмотрение доказательств, исследованных в судебном следствии, и их оценка;

— юридическая оценка допущенных при производстве по делу процессуальных нарушений и их возможных последствий;

— характеристика обстоятельств, исследованных в судебном разбирательстве;

— юридическая оценка обстоятельств дела (квалификация преступления, вывод о невиновности подсудимого);

— характеристика личности подсудимого;

— соображения по поводу назначения наказания либо возможности освобождения подсудимого от уголовной ответственности и наказания;

— соображения по вопросам, связанным с гражданским иском;

— освещение общественного значения данного дела.

Не все участники судопроизводства, выступающие в прениях, должны давать в своих речах ответы на все указанные вопросы; это является безусловной обязанностью лишь государственного обвинителя и защитника. Подсудимый и потерпевший могут вообще не принимать участия в прениях сторон, а в случае такого участия —

ограничиться любой частью названных вопросов; гражданский истец, гражданский ответчик и их представители обычно касаются в своих речах лишь вопросов, имеющих отношение к гражданскому иску; частный обвинитель вправе, но не обязан в судебных прениях излагать суду свое мнение по существу обвинения, о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания (ч. 5 ст. 321).

6. Содержание выступлений участников прений сторон ограничено определенными пределами. Они не вправе ссылаться в подтверждение своей позиции: а) на доказательства, которые *не были исследованы* на судебном следствии, в т.ч. научные работы по криминалистике и судебной экспертизе; б) на доказательства, признанные недопустимыми судом; в) на обстоятельства, не имеющие отношения к рассматриваемому делу. В названных случаях председательствующий должен останавливать участника судебных прений, обращая его внимание на недопустимость подобных действий. Представляется, что председательствующий также обязан останавливать участников прений при использовании ими оскорбительных или неприличных выражений, угроз в адрес участников судопроизводства; высказываний, которые можно квалифицировать как преступление или административное правонарушение (например, возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды, неуважение к суду и т.п.).

7. Представляется, что в репликах участники прений сторон вправе коснуться недопустимых или неисследованных судом доказательств, но только в форме возражения против использования их другой стороной в своем выступлении в прениях.

8. В части 7 комм. статьи говорится о формулировках *решений* по вопросам, указанным в п. 1—6 ч. 1 ст. 299: а) доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; б) доказано ли, что деяние совершил подсудимый; в) является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей *УК* оно предусмотрено; г) виновен ли подсудимый в совершении этого преступления; д) подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление; е) имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание. Формулировки решений, которые вправе (но не обязаны) предлагать участники судебных прений, текстуально не вполне совпадают с теми решениями, которые содержатся в резолютивной части приговора (ст. 306, 308). Они не обязательно должны пытаться предвосхищать текст приговора и могут содержать имеющие произвольную форму ответы на указанные вопросы.

По прямому смыслу комм. статьи формулировки решений по названным выше вопросам, указанным в п. 1—6 ч. 1 ст. 299, могут предлагать и гражданский истец, и гражданский ответчик (их представители). Однако им почему-то не предоставлено право предлагать свою формулировку по наиболее интересующему их вопросу о том, подлежит ли удовлетворению гражданский иск, в чью пользу и в каком размере (п. 10 ч. 1 ст. 299).

СТАТЬЯ 293
ПОСЛЕДНЕЕ СЛОВО ПОДСУДИМОГО

1. После окончания прений сторон председательствующий предоставляет подсудимому последнее слово. Никакие вопросы к подсудимому во время его последнего слова не допускаются.

2. Суд не может ограничивать продолжительность последнего слова подсудимого определенным временем. При этом председательствующий вправе оста-

навливать подсудимого в случаях, когда обстоятельства, излагаемые подсудимым, не имеют отношения к рассматриваемому уголовному делу.

1. В комм. статье нет ограничения для выступления подсудимого в виде запрета касаться доказательств, недопустимых или не исследованных судом в судебном следствии, поскольку подсудимый, как правило, не имеет юридического образования, а указанные вопросы имеют сугубо правовой характер. Кроме того, в последнем слове подсудимый может заявить о новых обстоятельствах, указать на новые источники доказательств или сделать такие признания, которые не исследовались судом, но имеют важное значение для уголовного дела. В таком случае суд должен возобновить судебное следствие.

2. Представляется, что председательствующий, в силу своей роли в судебном разбирательстве (ст. 243), вправе останавливать подсудимого в случае, если тот употребляет неприличные выражения либо высказывает угрозы в адрес других участников судопроизводства и т.п. Следует иметь в виду, что в соответствии с ч. 3 ст. 258 подсудимый не может быть удален из зала судебного заседания без предоставления ему права на последнее слово.

СТАТЬЯ 294
ВОЗОБНОВЛЕНИЕ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ

Если участники прений сторон или подсудимый в последнем слове сообщат о новых обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, или заявят о необходимости предъявить суду для исследования новые доказательства, то суд вправе возобновить судебное следствие. По окончании возобновленного судебного следствия суд вновь открывает прения сторон и предоставляет подсудимому последнее слово.

1. В комм. статье исправлен недостаток, который имел место в аналогичной ст. 297 УПК РСФСР, состоявший в том, что возобновление судебного следствия предусматривалось только в том случае, если о новых обстоятельствах сообщил лишь подсудимый. Однако на новые обстоятельства может обратить внимание не только подсудимый, но также защитник, потерпевший и др. Помимо новых обстоятельств, они могут также заявить о существовании новых доказательств, которые могут заставить суд иначе взглянуть на данное дело.

2. Возобновление судебного следствия — право, а не обязанность суда. Вместе с тем представляется, что суд в любом случае обязан возобновить судебное следствие, если при произнесении последнего слова подсудимый впервые заявит о признании своей виновности либо при непризнании им виновности в судебном заседании попросит прощения у потерпевших и т.п.

СТАТЬЯ 295
УДАЛЕНИЕ СУДА В СОВЕЩАТЕЛЬНУЮ КОМНАТУ ДЛЯ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПРИГОВОРА

1. Заслушав последнее слово подсудимого, суд удаляется в совещательную комнату для постановления приговора, о чем председательствующий объявляет присутствующим в зале судебного заседания.

2. Перед удалением суда в совещательную комнату участникам судебного разбирательства должно быть объявлено время оглашения приговора.

В отличие от аналогичной ст. 291 УПК РСФСР, комм. статья УПК РФ снабжена ч. 2, содержание которой имеет особенно важное значение. Норма об объявлении конкретного времени оглашения приговора направлена против порочной практики написания судьей (одним из судей — при коллегиальном составе суда) приговора заранее — еще до судебного заседания или во время перерыва в нем. Несоразмерно малое время с момента удаления суда в совещательную комнату до оглашения приговора, явно недостаточное для внимательного рассмотрения и обсуждения всех вопросов, указанных в ст. 299, указывает на недобросовестное отношение судьи к своим обязанностям, а иногда (при коллегиальном составе суда) и на фактическое постановление приговора незаконным судебным составом, что может являться безусловным кассационным основанием для отмены приговора (п. 2 ч. 2 ст. 381).

ГЛАВА 39. ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРИГОВОРА

СТАТЬЯ 296
ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРИГОВОРА ИМЕНЕМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Суд постановляет приговор именем Российской Федерации.

В соответствии со ст. 4, 5 Конституции РФ суверенитет РФ распространяется на всю ее территорию, включая республики, края, области, города федерального значения, автономную область, автономные округа. Принимая во внимание, что вопросы уголовного и уголовно-процессуального законодательства находятся в ведении РФ (п. «о» ст. 71 Конституции РФ), все суды РФ, осуществляющие правосудие по уголовным делам на ее территории, включая военные суды и мировых судей, выносят приговоры именем РФ.

СТАТЬЯ 297
ЗАКОННОСТЬ, ОБОСНОВАННОСТЬ И СПРАВЕДЛИВОСТЬ ПРИГОВОРА

1. Приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым.

2. Приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями настоящего Кодекса и основан на правильном применении уголовного закона.

1. Конституционный принцип, согласно которому каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном ФЗ порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда, определяет значение судебного приговора как важнейшего акта правосудия.

2. Соблюдение должной процедуры судопроизводства, правильное применение уголовного закона являются критерием не только законности, но также обоснованности и справедливости приговора. Строгое соблюдение требований УПК, в частности о запрете использовать доказательства, полученные с нарушением закона (ч. 1 ст. 75),

основывать обвинительный приговор на предположениях (ч. 4 ст. 302) и др., исключает постановление судом необоснованного приговора.

Справедливость приговора зависит не только от назначения судом наказания, соответствующего тяжести преступления и личности осужденного, но и от справедливости самой *процедуры*, использованной в ходе судопроизводства. Согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. справедливой считается только такая судебная процедура, в которой соблюдаются следующие требования:

1) Каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо — при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия.

2) Каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком.

3) Каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет как минимум следующие права:

a) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;

b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;

c) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, иметь назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;

d) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него;

e) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

3. Законный и обоснованный приговор может быть основан лишь на тех доказательствах, которые в соответствии со ст. 240 УПК были непосредственно исследованы в судебном заседании. С учетом указанного требования закона суд не вправе ссылаться в подтверждение своих выводов на собранные по делу доказательства, если они не были оглашены и исследованы судом в судебном заседании или не нашли отражения в протоколе судебного заседания. Ссылка в приговоре на показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, данные при производстве дознания, предварительного следствия или в ином судебном заседании, допустима только при оглашении судом этих показаний в случаях, предусмотренных ст. 276, 281 УПК. При этом следует иметь в виду, что фактические данные, содержащиеся в оглашенных показаниях, как и другие доказательства, могут быть положены в основу выводов и решений по делу лишь после их проверки и всестороннего исследования в судебном заседании.

При отказе от дачи показаний потерпевшего, свидетеля, являющегося супругом или близким родственником подсудимого, а равно при отказе от дачи показаний самого подсудимого, суд вправе сослаться в приговоре на показания, данные этими лицами ранее, лишь в том случае, если при производстве дознания, предварительного следствия им были разъяснены положения п. 3 ч. 4 ст. 47, п. 1 ч. 4 ст. 56 УПК, основанные на положениях ст. 51 Конституции РФ, согласно которым никто не обязан свидетельствовать против себя самого, своего супруга и близких родственников.

4. При постановлении приговора должны получить оценку все рассмотренные в судебном заседании доказательства, как подтверждающие выводы суда по вопросам, разрешаемым при постановлении приговора, так и противоречащие этим выводам. Суд в соответствии с п. 3 ст. 380 должен указать в приговоре, почему при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, одни доказательства признаны им достоверными, а другие отвергнуты. По делу в отношении нескольких подсудимых или по делу, по которому подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, приговор должен содержать анализ доказательств в отношении каждого подсудимого и по каждому обвинению.

5. В соответствии с положениями ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 1 ст. 75 УПК при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением ФЗ. В случае признания доказательства полученным с нарушением ФЗ суд должен мотивировать свое решение об исключении его из совокупности доказательств по делу, указав, в чем выразилось нарушение закона.

СТАТЬЯ 298
ТАЙНА СОВЕЩАНИЯ СУДЕЙ

1. Приговор постановляется судом в совещательной комнате. Во время постановления приговора в этой комнате могут находиться лишь судьи, входящие в состав суда по данному уголовному делу.

2. По окончании рабочего времени, а также в течение рабочего дня суд вправе сделать перерыв для отдыха с выходом из совещательной комнаты. Судьи не вправе разглашать суждения, имевшие место при обсуждении и постановлении приговора.

1. Нарушение тайны совещания судей при постановлении приговора является безусловным кассационным основанием для отмены приговора (п. 8 ч. 2 ст. 381).

2. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что закон требует нахождения в совещательной комнате всех судей, входящих в состав суда по данному уголовному делу, не только во время совещания, как это предусматривалось ранее (ч. 1 ст. 302 УПК РСФСР), но *во все время постановления приговора*. Поэтому, несмотря на то, что совещание судей завершено, все судьи должны оставаться в совещательной комнате вплоть до написания приговора или объявления перерыва.

3. В отличие от УПК РСФСР (ст. 302), УПК РФ разрешает прервать совещание для отдыха судей *с выходом их из совещательной комнаты,* причем не с наступлением ночного времени, как это имело место раньше, а по окончании рабочего времени, а также в течение рабочего дня.

4. Судьи не вправе разглашать суждения, имевшие место не только при обсуждении и постановлении приговора по данному делу, но и по всем другим делам, которые

рассматривались с их участием. Если, например, один из судей во время перерыва в совещании заявит, что председательствующий обычно сам пишет приговор, не особенно интересуясь мнением других судей, это можно расценивать как нарушение тайны совещательной комнаты и порядка постановления приговора.

5. В связи с тем, что согласно п. 1 ч. 3 ст. 56 УПК РФ судьи ни при каких условиях не подлежат допросу в качестве свидетелей об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу, позиция того или иного судьи в совещательной комнате не может быть выяснена путем допросов членов состава суда ни при возобновлении производства по вновь открывшимся обстоятельствам в отношении судей, допустивших преступные злоупотребления при постановлении приговора (п. 3 ч. 3 ст. 413), ни при рассмотрении гражданского дела по жалобе на решение квалификационной коллегии судей об отрешении судьи от должности в связи с злоупотреблениями, допущенными судьей при постановлении приговора. Имеется лишь одно исключение из общего правила, когда позиция судьи, высказанная им в совещательной комнате, может стать известна, а именно при наличии письменного особого мнения судьи, приобщенного к приговору (ч. 5 ст. 301).

СТАТЬЯ 299
ВОПРОСЫ, РАЗРЕШАЕМЫЕ СУДОМ ПРИ ПОСТАНОВЛЕНИИ ПРИГОВОРА

1. При постановлении приговора суд в совещательной комнате разрешает следующие вопросы:

1) доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый;

2) доказано ли, что деяние совершил подсудимый;

3) является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей Уголовного кодекса Российской Федерации оно предусмотрено;

4) виновен ли подсудимый в совершении этого преступления;

5) подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление;

6) имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание;

7) какое наказание должно быть назначено подсудимому;

8) имеются ли основания для постановления приговора без назначения наказания или освобождения от наказания;

9) какой вид исправительного учреждения и режим должны быть определены подсудимому при назначении ему наказания в виде лишения свободы;

10) подлежит ли удовлетворению гражданский иск, в чью пользу и в каком размере;

10.1) доказано ли, что имущество, подлежащее конфискации, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации) *(п. 10.1 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

11) как поступить с имуществом, на которое наложен арест для обеспечения гражданского иска или возможной конфискации;

12) как поступить с вещественными доказательствами;

13) на кого и в каком размере должны быть возложены процессуальные издержки;

14) должен ли суд в случаях, предусмотренных статьей 48 Уголовного кодекса Российской Федерации, лишить подсудимого специального, воинского или почетного звания, классного чина, а также государственных наград;

15) могут ли быть применены принудительные меры воспитательного воздействия в случаях, предусмотренных статьями 90 и 91 Уголовного кодекса Российской Федерации;

16) могут ли быть применены принудительные меры медицинского характера в случаях, предусмотренных статьей 99 Уголовного кодекса Российской Федерации;

17) следует ли отменить или изменить меру пресечения в отношении подсудимого.

2. Если подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, то суд разрешает вопросы, указанные в пунктах 1—7 части первой настоящей статьи, по каждому преступлению в отдельности.

3. Если в совершении преступления обвиняется несколько подсудимых, то суд разрешает вопросы, указанные в пунктах 1—7 части первой настоящей статьи, в отношении каждого подсудимого в отдельности, определяя роль и степень его участия в совершенном деянии.

1. Вопросы, указанные в комм. статье, обсуждаются и разрешаются в той последовательности, в которой они в ней перечислены.

2. Вопросы, названные в п. 1—9, а также в п. 17, обсуждаются по каждому уголовному делу, которое завершается обвинительным приговором. Вопросы, перечисленные в п. 10—16, обсуждаются лишь в случаях, когда преступлением причинен имущественный или моральный вред, когда наложен арест на имущество, когда по делу имеются вещественные доказательства или процессуальные издержки и т.д.

3. Комм. статья не содержит исчерпывающего перечня вопросов, разрешаемых судом при постановлении приговора. В совещательной комнате обсуждаются также вопросы о наличии обстоятельств, при которых лицо освобождается не только от наказания (п. 3 ч. 1 ст. 24, п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК; ч. 2 ст. 443, ст. 81 *УК*), но и от уголовной ответственности в связи: с добровольным отказом от преступления (ст. 31 *УК*); с деятельным раскаянием (ст. 75 *УК*), с примирением с потерпевшим (ст. 76 *УК*), с истечением сроков давности (ст. 78 *УК*), с актом амнистии (ст. 84 *УК*).

4. При решении вопроса, является ли это деяние преступлением (п. 3 ч. 1 комм. статьи), суд должен обсудить, не имеется ли признаков необходимой обороны, причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайней необходимости и других обстоятельств, исключающих преступность деяния (ст. 37—42 *УК*).

5. Если санкция уголовного закона, в соответствии с которым подсудимый признается виновным, предусматривает помимо лишения свободы и другие, более мягкие виды наказания, суд при постановлении приговора обязан обсудить вопрос о назначении наказания, не связанного с лишением свободы. Суд должен также каждый раз обсуждать вопрос о возможности исправления без отбывания наказания осуждаемого к таким видам наказания, как исправительные работы, ограничение по военной

службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы (ст. 73 *УК*).

6. Суды не должны назначать виновным наказание, которое по своему размеру является явно несправедливым вследствие как его чрезмерной мягкости, так и чрезмерной суровости. В соответствии с законом (ч. 3 ст. 60 *УК*) суд при назначении наказания обязан учитывать характер и степень общественной опасности совершенного преступления, личность виновного и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи. Исходя из этого в приговоре необходимо указывать, какие обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности подсудимого, а также иные обстоятельства, характеризующие его личность, доказаны при разбирательстве уголовного дела в соответствии с требованиями ст. 73 УПК и учтены судом при назначении наказания. В силу ч. 3 ст. 60 *УК* следует учитывать, какое влияние окажет назначаемое наказание на исправление осужденного и на условия жизни его семьи. В этих целях для правильного выбора вида и размера наказания надлежит выяснять, является ли подсудимый единственным кормильцем в семье, находятся ли на его иждивении несовершеннолетние дети, престарелые родители, а также имелись ли факты, свидетельствующие о его отрицательном поведении в семье (пьянство, жестокое обращение с членами семьи, дурное влияние на воспитание детей и др.).

7. Назначая подсудимому исправительные работы или штраф, следует выяснять его материальное положение, наличие на иждивении несовершеннолетних детей, престарелых родителей и т.п. Размер заработной платы или иного дохода осужденного при назначении наказания в виде штрафа подлежит исчислению на момент вынесения приговора.

8. С учетом характера и степени общественной опасности преступления и данных о личности суду надлежит обсуждать вопрос о назначении предусмотренного законом более строгого наказания лицу, признанному виновным в совершении преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору, организованной группой, преступным сообществом (преступной организацией), тяжких и особо тяжких преступлений, при рецидиве, если эти обстоятельства не являются квалифицирующим признаком преступления и не установлено обстоятельств, которые по закону влекут смягчение наказания.

Вместе с тем с учетом конкретных обстоятельств по делу, данных о личности следует обсуждать вопрос о назначении менее строгого наказания лицу, впервые совершившему преступление небольшой или средней тяжести и не нуждающемуся в изоляции от общества. При назначении наказания несовершеннолетним подсудимым необходимо также в каждом конкретном случае выяснять и оценивать условия жизни и быта подростка, данные о негативном воздействии на его поведение старших по возрасту лиц, уровень психического развития, иные особенности личности.

9. При назначении дополнительного наказания в виде лишения права управлять транспортными средствами при наличии к тому оснований и с учетом обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, суд должен обсуждать вопрос о целесообразности его применения в отношении лица, для которого управление транспортным средством является профессией.

10. Исходя из того, что по закону (ст. 18 *УК*) рецидивом преступлений признается совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее со-

вершенное умышленное преступление, необходимо по каждому делу в соответствии со ст. 86 *УК* исследовать и обсуждать вопрос о наличии непогашенных или неснятых судимостей, на основании которых должен быть решен вопрос о наличии или отсутствии рецидива преступлений.

11. Об иных вопросах, подлежащих разрешению в приговоре, см. комм. к ст. 309.

12. Имея в виду, что разбирательство дела в суде производится только в отношении подсудимых, суд не должен допускать в приговоре формулировок, свидетельствующих о виновности в совершении преступления других лиц. В тех случаях, когда отдельные участники преступного деяния, в совершении которого обвиняется подсудимый, освобождены от уголовной ответственности по предусмотренным в законе основаниям, суд, если это имеет значение для установления роли, степени и характера участия подсудимого в преступлении, квалификации его действий или установления других существенных обстоятельств дела, может сослаться в приговоре на роль этих лиц в деянии с обязательным указанием оснований прекращения дела.

Если дело в отношении некоторых обвиняемых выделено в отдельное производство, в приговоре указывается, что преступление совершено подсудимым совместно с другими лицами, без упоминания их фамилий. Так, Верховный Суд РФ отменяя приговор Ленинградского окружного военного суда, указал, что в этом приговоре имеется ссылка на лицо, совершившее преступление по выделенному в отдельное производство делу, тем самым суд вышел за пределы судебного разбирательства, которое, согласно ч. 1 ст. 252 УПК РФ, производится только в отношении обвиняемого[1].

13. Отказ подсудимого от дачи показаний не может учитываться в качестве обстоятельства, отрицательно характеризующего личность подсудимого, при назначении ему вида и размера наказания.

СТАТЬЯ 300
РЕШЕНИЕ ВОПРОСА О ВМЕНЯЕМОСТИ ПОДСУДИМОГО

1. В случаях, предусмотренных пунктом 16 части первой статьи 299 настоящего Кодекса, суд обсуждает вопрос о вменяемости подсудимого, если данный вопрос возникал в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства.

2. Признав, что подсудимый во время совершения деяния находился в состоянии невменяемости или у подсудимого после совершения преступления наступило психическое расстройство, лишающее его возможности осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими, суд выносит постановление в порядке, установленном главой 51 настоящего Кодекса.

1. Представляется, что суд при постановлении приговора должен обсудить вопрос о вменяемости подсудимого не только в связи с вопросом, могут ли к нему быть применены принудительные меры медицинского характера (п. 16 ст. 299), но и при решении вопроса о том, является ли это деяние преступлением (п. 3 ст. 299), поскольку в действиях невменяемого не может быть состава преступления.

---

[1] См. Кассационное определение ВС РФ № 6-49/2003 по делу Эседова и Батырбекова.

2. Суд при названных выше условиях должен обсудить не только вопрос о вменяемости, но и т.н. ограниченной вменяемости, когда вменяемое лицо во время совершения преступления в силу психического расстройства не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими (ст. 22 *УК*). Кроме того, суд должен обсудить и вопрос о наличии психического расстройства, не исключающего вменяемости, т.к. это может иметь значение для назначения принудительных мер медицинского характера (п. «в» ч. 1 ст. 97 *УК*). Также подлежит обсуждению вопрос о наличии или отсутствии опасности лица по его психическому состоянию, поскольку оно должно учитываться при назначении принудительных мер медицинского характера или передаче судом материалов органам здравоохранения для решения вопроса о лечении этих лиц или направлении их в психоневрологические учреждения социального обеспечения в порядке, предусмотренном законодательством РФ о здравоохранении (ч. 2, 4 ст. 97 *УК*).

3. Юридическая оценка действий невменяемого может основываться лишь на данных, характеризующих общественную опасность совершенного деяния. При этом не должны учитываться обстоятельства, не имеющие непосредственного отношения к рассматриваемому событию — судимости лица, применение к нему в прошлом принудительных мер медицинского характера и т.д.[1]

4. В случае совершения несколькими лицами общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, суд вправе одновременно рассмотреть вопрос о виновности одних лиц и о вынесении определения о применении принудительных мер медицинского характера в отношении других, совершивших указанное деяние в состоянии невменяемости или заболевших после совершения преступления психическим расстройством. Если совместное рассмотрение дела в отношении названных лиц невозможно, материалы о применении принудительных мер медицинского характера следует выделить в отдельное производство[2].

СТАТЬЯ 301
ПОРЯДОК СОВЕЩАНИЯ СУДЕЙ ПРИ КОЛЛЕГИАЛЬНОМ РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. При постановлении приговора в совещательной комнате, если уголовное дело рассматривалось судом коллегиально, председательствующий ставит на разрешение вопросы в порядке, установленном статьей 299 настоящего Кодекса.

2. При разрешении каждого вопроса судья не вправе воздержаться от голосования, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей настоящей статьи. Все вопросы разрешаются большинством голосов. Председательствующий голосует последним.

3. Судье, голосовавшему за оправдание подсудимого и оставшемуся в меньшинстве, предоставляется право воздержаться от голосования по вопросам применения уголовного закона. Если мнения судей по вопросам о квалификации

---

[1] См. п. 12 постановления Пленума ВС СССР от 26.04.1984 г. № 4 «О судебной практике по применению, изменению и отмене принудительных мер медицинского характера» (с изм. от 01.11.85 г. № 17) // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. М. : Спарк, 1997. С. 215.

[2] Там же.

преступления или мере наказания разошлись, то голос, поданный за оправдание, присоединяется к голосу, поданному за квалификацию преступления по уголовному закону, предусматривающему менее тяжкое преступление, и за назначение менее сурового наказания.

4. Мера наказания в виде смертной казни может быть назначена виновному только по единогласному решению всех судей.

5. Судья, оставшийся при особом мнении по постановленному приговору, вправе письменно изложить его в совещательной комнате. Особое мнение приобщается к приговору и оглашению в зале судебного заседания не подлежит.

1. В комм. статье не дается ответа, как выполнить требование закона о разрешении коллегиальным судом всех вопросов, обсуждаемых при вынесении приговора, большинством голосов, если при решении вопросов о квалификации преступления, мере наказания, гражданском иске и т.д. мнения судей расходятся таким образом, что ни одно из них не имеет большинства. Так, например, один из судей считает, что подсудимому следует назначить наказание в виде лишения свободы сроком на 7 лет, другой — на 5 лет, третий — на 3 года. Выход из данной ситуации видится в следующем: в силу положения о том, что все сомнения относительно виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном УПК, толкуются в пользу обвиняемого (ч. 3 ст. 14), при подобном разделении голосов предпочтение должно отдаваться мнению, наиболее благоприятному для подсудимого.

2. Судья не вправе воздержаться от голосования. Право судьи на особое мнение не может рассматриваться как право на отказ участвовать в голосовании. Судья, остающийся при особом мнении, в голосовании участвует, хотя и подает свой голос против решения, принятого большинством.

СТАТЬЯ 302
ВИДЫ ПРИГОВОРОВ

1. Приговор суда может быть оправдательным или обвинительным.

2. Оправдательный приговор постановляется в случаях, если:

1) не установлено событие преступления;

2) подсудимый не причастен к совершению преступления;

3) в деянии подсудимого отсутствует состав преступления;

4) в отношении подсудимого коллегией присяжных заседателей вынесен оправдательный вердикт.

3. Оправдание по любому из оснований, предусмотренных частью второй настоящей статьи, означает признание подсудимого невиновным и влечет за собой его реабилитацию в порядке, установленном главой 18 настоящего Кодекса.

4. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств.

5. Обвинительный приговор постановляется:

1) с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным;

2) с назначением наказания и освобождением от его отбывания;

3) без назначения наказания.

6. Суд постановляет обвинительный приговор в случае, предусмотренном пунктом 2 части пятой настоящей статьи, если к моменту вынесения приговора:

1) издан акт об амнистии, освобождающий от применения наказания, назначенного осужденному данным приговором;

2) время нахождения подсудимого под стражей по данному уголовному делу с учетом правил зачета наказания, установленных статьей 72 Уголовного кодекса Российской Федерации, поглощает наказание, назначенное подсудимому судом.

7. Постановляя обвинительный приговор с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным, суд должен точно определить вид наказания, его размер и начало исчисления срока отбывания.

8. Если основания прекращения уголовного дела и (или) уголовного преследования, указанные в пунктах 1—3 части первой статьи 24 и пунктах 1 и 3 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, обнаруживаются в ходе судебного разбирательства, то суд продолжает рассмотрение уголовного дела в обычном порядке до его разрешения по существу. В случаях, предусмотренных пунктами 1 и 2 части первой статьи 24 и пунктами 1 и 2 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, суд постановляет оправдательный приговор, а в случаях, предусмотренных пунктом 3 части первой статьи 24 и пунктом 3 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, — обвинительный приговор с освобождением осужденного от наказания.

1. Основания оправдательного приговора, указанные в ч. 2 комм. статьи, имеются не только, когда доказано с полной несомненностью, что отсутствовало событие преступления; или подсудимый не был причастен к его совершению; или в его деянии нет обстоятельств, содержащих признаки состава преступления, но и тогда, когда указанные обстоятельства выяснены лишь с вероятностью. Недоказанная виновность приравнивается к доказанной невиновности в силу принципа презумпции невиновности.

2. Все неустранимые сомнения в виновности подсудимого толкуются в его пользу. По смыслу закона в пользу подсудимого толкуются не только неустранимые сомнения в его виновности в целом, но и неустранимые сомнения, касающиеся отдельных эпизодов предъявленного обвинения, формы вины, степени и характера участия в совершении преступления, смягчающих и отягчающих ответственность обстоятельств и т.д.

3. В соответствии с ч. 4 комм. статьи обвинительный приговор не может быть основан на предположениях и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств. В связи с этим судам надлежит исходить из того, что обвинительный приговор должен быть постановлен на достоверных доказательствах, когда по делу исследованы *все возникшие версии*, а имеющиеся *противоречия* выяснены и оценены. Признание подсудимым своей вины, если оно не подтверждено совокупностью других собранных по делу и исследованных в судебном заседании доказательств, не может служить основанием для постановления обвинительного приговора. Вместе с тем в основание обвинительного при-

говора могут быть положены и обстоятельства, установленные с вероятностью, но при одном непременном условии — вывод об этих обстоятельствах носит не гносеологический, а юридический характер, т.к. они — результат толкования неустранимых сомнений в пользу обвиняемого (например, вывод о тайном способе хищения при доказанности самого факта хищения и недоказанности его открытого характера).

4. В частях 5, 6, 8 комм. статьи используется не вполне совпадающие термины, относящиеся к вынесению обвинительного приговора: в п. 2 ч. 5 говорится об освобождении от *отбывания* наказания, в п. 3 той же части — об обвинительном приговоре *без назначения* наказания; в п. 1 ч. 6 — об освобождении от *применения* наказания, а в ч. 8 — об *освобождении осужденного от наказания* ввиду истечения сроков давности или вследствие акта амнистии.

Представляется. что обвинительный приговор *с назначением наказания и освобождением от его отбывания* может быть постановлен, если к моменту вынесения приговора:

— издан акт об амнистии, освобождающий подсудимых от применения конкретного наказания, назначаемого им приговором суда (например, осуждаемых за неосторожные преступления к лишению свободы *на срок до 5 лет*) — п. 3 ч. 1 ст. 27, п. 1 ч. 6 ст. 302;

— время нахождения подсудимого под стражей по данному уголовному делу с применением правил зачета наказания (ст. 72 *УК*) поглощает наказание, назначенное подсудимому судом (п. 2 ч. 6 ст. 302 УПК).

Обвинительный приговор *без назначения наказания* (или, что то же самое, *с освобождением осужденного от наказания*) выносится:

— ввиду истечения сроков давности (п. 3 ч. 1 ст. 24, ч. 8 ст. 302 УПК);

— вследствие акта амнистии (п. 3 ч. 1 ст. 27, ч. 8 ст. 302 УПК), если им предписано освобождение от наказания лиц соответствующей категории, *которая не определяется видом или размером назначаемого подсудимому конкретного наказания* (например, женщин, несовершеннолетних);

— при освобождении судом несовершеннолетнего подсудимого от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия или направлением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ч. 1, 2 ст. 432 УПК);

— в случае признания судом, что деяние лица, впервые совершившего преступление небольшой или средней тяжести, потеряло общественную опасность, или такое лицо перестало быть общественно опасным (ст. 80^1 *УК*).

СТАТЬЯ 303
СОСТАВЛЕНИЕ ПРИГОВОРА

1. После разрешения вопросов, указанных в статье 299 настоящего Кодекса, суд переходит к составлению приговора. Он излагается на том языке, на котором проводилось судебное разбирательство, и состоит из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной частей.

2. Приговор должен быть написан от руки или изготовлен с помощью технических средств одним из судей, участвующих в его постановлении. Приговор подписывается всеми судьями, в т.ч. и судьей, оставшимся при особом мнении.

3. Исправления в приговоре должны быть оговорены и удостоверены подписями всех судей в совещательной комнате до провозглашения приговора.

1. Приговор должен быть составлен в ясных и понятных выражениях. Исходя из этого, в приговоре недопустимо употребление неточных формулировок, использование непринятых сокращений и слов, неприемлемых в официальных документах, а также загромождение приговора описанием обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому делу. Приводимые в приговоре технические и иные специальные термины, а также выражения местного диалекта должны быть разъяснены. Учитывая, что во всех случаях приговор провозглашается публично, суду при составлении приговора следует избегать изложения в нем не вызываемых необходимостью формулировок, в подробностях описывать способы совершения преступлений, связанных с изготовлением наркотических средств, взрывчатых веществ и т.п., а также посягающих на половую неприкосновенность граждан или нравственность несовершеннолетних.

2. Все исправления в приговоре должны быть оговорены и подписаны всеми судьями в совещательной комнате до провозглашения приговора. Не оговоренные и не подписанные судьями исправления, касающиеся существенных обстоятельств (например, квалификации преступления, вида и размера наказания, размера удовлетворенного гражданского иска, вида исправительно-трудовой или воспитательно-трудовой колонии), являются основанием для отмены вышестоящей судебной инстанцией приговора полностью либо в соответствующей части.

3. Датой постановления приговора следует считать день подписания приговора составом суда.

СТАТЬЯ 304
ВВОДНАЯ ЧАСТЬ ПРИГОВОРА

В вводной части приговора указываются следующие сведения:

1) о постановлении приговора именем Российской Федерации;

2) дата и место постановления приговора;

3) наименование суда, постановившего приговор, состав суда, данные о секретаре судебного заседания, об обвинителе, о защитнике, потерпевшем, гражданском истце, гражданском ответчике и об их представителях;

4) фамилия, имя и отчество подсудимого, дата и место его рождения, место жительства, место работы, род занятий, образование, семейное положение и иные данные о личности подсудимого, имеющие значение для уголовного дела;

5) пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающие ответственность за преступление, в совершении которого обвиняется подсудимый.

К числу иных данных о личности подсудимого, имеющих значение для уголовного дела, в первую очередь относятся данные о судимости. В случае, если судимости не сняты и не погашены, следует указывать во вводной части приговора дату осуждения, преступление, за которое подсудимый был ранее осужден, и его точную квалификацию, назначенное ему за это преступление наказание, включая дополнительное;

основания и дату освобождения, часть наказания по предыдущему приговору, которая осталась неотбытой. Это необходимо для проверки сроков погашения судимости, что может иметь значение для квалификации преступления и назначения наказания при рецидиве преступлений. Когда подсудимый в прошлом был осужден условно (ст. 73 *УК*), а испытательный срок условного наказания к данному моменту еще не истек, суд должен назвать дату предыдущего приговора, назначавшийся вид наказания и срок условного осуждения, установленный испытательный срок и дату начала его исчисления. При условно-досрочном освобождении подсудимого от отбывания наказания по предыдущему приговору необходимо указать, когда он был освобожден от отбывания наказания и срок наказания, которое осталось им не отбытым.

СТАТЬЯ 305 ОПИСАТЕЛЬНО-МОТИВИРОВОЧНАЯ ЧАСТЬ ОПРАВДАТЕЛЬНОГО ПРИГОВОРА

1. В описательно-мотивировочной части оправдательного приговора излагаются:

1) существо предъявленного обвинения;

2) обстоятельства уголовного дела, установленные судом;

3) основания оправдания подсудимого и доказательства, их подтверждающие;

4) мотивы, по которым суд отвергает доказательства, представленные стороной обвинения;

5) мотивы решения в отношении гражданского иска.

2. Не допускается включение в оправдательный приговор формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного.

1. Описательно-мотивировочная часть оправдательного приговора, в свою очередь, складывается из *установочной, доказательственной* и *мотивировочной* частей. В установочной части указываются сущность предъявленного обвинения, излагаются обстоятельства дела в том виде, как они были установлены судом; в доказательственной части анализируются доказательства, обосновывающие вывод суда о невиновности подсудимого; в мотивировочной части приводятся мотивы, по которым суд отверг доказательства, положенные в основу обвинения, а также мотивы решения в отношении гражданского иска.

2. Включение в оправдательный приговор формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного, не допускается. Следует иметь в виду, что в УПК РФ не содержится такой формулировки основания для оправдательного приговора, как *недоказанность участия подсудимого в совершении преступления*, которая имелась в прежнем законодательстве (п. 3 ч. 3 ст. 309 УПК РСФСР), поскольку она оставляла сомнения в невиновности подсудимого. В п. 2 ч. 2 ст. 302 УПК РФ содержится более точное выражение — «подсудимый не причастен к совершению преступления», которое основывается на презумпции невиновности и толковании сомнений в пользу обвиняемого.

3. В случае постановления оправдательного приговора в отношении лица, обвинявшегося в совершении нескольких преступлений, квалифицированных одной или несколькими статьями (пунктами, частями статей) уголовного закона, суд должен

в описательной части приговора с приведением мотивов сформулировать вывод о признании обвинения необоснованным по каждой статье (пункту, части статьи, эпизоду обвинения) с указанием соответствующего основания оправдания, предусмотренного законом.

СТАТЬЯ 306
РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ ОПРАВДАТЕЛЬНОГО ПРИГОВОРА

1. Резолютивная часть оправдательного приговора должна содержать:

1) фамилию, имя и отчество подсудимого;

2) решение о признании подсудимого невиновным и основания его оправдания;

3) решение об отмене меры пресечения, если она была избрана;

4) решение об отмене мер по обеспечению конфискации имущества, а также мер по обеспечению возмещения вреда, если такие меры были приняты;

5) разъяснение порядка возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием.

2. При постановлении оправдательного приговора, вынесении постановления или определения о прекращении уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части первой статьи 24 и пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, суд отказывает в удовлетворении гражданского иска. В остальных случаях суд оставляет гражданский иск без рассмотрения. Оставление судом гражданского иска без рассмотрения не препятствует последующему его предъявлению и рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства.

3. В случае вынесения оправдательного приговора, постановления или определения о прекращении уголовного преследования по основанию, предусмотренному пунктом 1 части первой статьи 27 настоящего Кодекса, а также в иных случаях, когда лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено, суд решает вопрос о направлении прокурору уголовного дела для производства предварительного расследования и установления лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

1. В резолютивной части оправдательного приговора должна содержаться формулировка оснований оправдания по каждой статье (пункту, части статьи) уголовного закона, по которым подсудимый оправдан.

2. При постановлении оправдательного приговора в отношении лица, обвинявшегося в совершении нескольких преступлений, квалифицированных одной статьей (пунктом, частью статьи) уголовного закона (например, несколько краж или эпизодов продолжаемого преступления), когда основания оправдания по ним различны, в резолютивной части приговора следует точно указать, по какому из предусмотренных законом оснований и в совершении каких преступлений подсудимый оправдан.

3. По делам, по которым обвиняются сразу несколько подсудимых, может быть вынесен один приговор, которым осуждаются одни подсудимые и оправдываются другие.

4. В резолютивной части оправдательного приговора должны содержаться также указания об отмене меры пресечения, мер обеспечения гражданского иска или кон-

фискации имущества и другие решения суда, которые в соответствии с законом подлежат отражению в этой части приговора.

5. В отношении гражданского иска при вынесении оправдательного приговора возможны только два варианта решений: отказ в удовлетворении иска или оставление его без рассмотрения. При оправдании за отсутствием события преступления или ввиду непричастности подсудимого к совершению преступления суд отказывает в удовлетворении гражданского иска, т.к. действиями подсудимого какой-либо вред гражданскому истцу причинен не был. Согласно ч. 2 комм. статьи во всех прочих случаях гражданский иск оставляется судом без рассмотрения, поскольку отсутствие в деянии лица признаков состава преступления еще не означает, что отсутствуют и основания для возмещения им вреда на основании гражданского законодательства.

Вместе с тем по буквальному смыслу комм. нормы в случае вынесения оправдательного приговора на основании оправдательного вердикта коллегии присяжных заседателей гражданский иск, как может показаться на первый взгляд, всегда должен быть оставлен без рассмотрения. Дело в том, что присяжные отвечают на три основных вопроса (ч. 1 ст. 339): а) доказано ли, что деяние имело место (возможный ответ: «не доказано, что деяние имело место»); б) доказано ли, что это деяние совершил подсудимый (возможный ответ: «не доказано, что деяние совершил подсудимый»); в) виновен ли подсудимый в совершении этого деяния (возможный ответ: «не виновен»). Как видно, формулировка этих вопросов, а значит, и содержание оправдательного вердикта, содержащего ответы на них, внешне не совпадают с формулировками оснований, указанных в п. 1—2 ч. 1 ст. 302, а также в п. 1 ч. 1 ст. 24 и п. 1 ч. 1 ст. 27 — «не установлено событие преступления» и «лицо непричастно к совершению преступления». Однако первые два основания, могущие содержаться в оправдательном вердикте присяжных, хотя и сформулированы иначе, тем не менее фактически идентичны соответственно — неустановлению события преступления и непричастности подсудимого к совершению преступления, поэтому при постановлении оправдательного приговора на основе такого вердикта судья должен отказать в удовлетворении иска. Если же вердикт присяжных сводится к тому, что подсудимый *не виновен* в совершении инкриминированного деяния, судья оставляет гражданский иск без рассмотрения, поскольку термин «невиновен» в данном контексте означает, что подсудимый, по мнению присяжных, совершил данное деяние, однако сделал это невиновно, т.е. без умысла или по неосторожности. Однако в гражданском праве понятие вины существенно отличается от уголовно-правового (ч. 1 ст. 401 *ГК*), включая в себя такие признаки, как проявление заботливости и осмотрительности, которые требовались от лица в данных условиях, принятие им всех мер для надлежащего исполнения обязательства. Поэтому то, что *не является* неосторожностью в уголовном праве, может явиться таковой в праве гражданском. Кроме того, в гражданском праве в ряде случаев допускается ответственность без вины (вред, причиненный источником повышенной опасности, и т.д.). Таким образом, при оправдании подсудимого в суде с участием присяжных по основанию «не виновен» истец сохраняет шанс на возмещение вреда в порядке гражданского судопроизводства.

6. Прекращение уголовного дела по основаниям п. 1 ч. 1 ст. 24 и п. 1 ч. 1 ст. 27, о которых говорится в ч. 2 комм. статьи, — это прекращение дела судом в судебном разбирательстве при отказе обвинителя от поддержания обвинения по этим основа-

ниям (ч. 7 ст. 246, ст. 249). В этих случаях суд также отказывает в удовлетворении гражданского иска.

СТАТЬЯ 307 ОПИСАТЕЛЬНО-МОТИВИРОВОЧНАЯ ЧАСТЬ ОБВИНИТЕЛЬНОГО ПРИГОВОРА

Описательно-мотивировочная часть обвинительного приговора должна содержать:

1) описание преступного деяния, признанного судом доказанным, с указанием места, времени, способа его совершения, формы вины, мотивов, целей и последствий преступления;

2) доказательства, на которых основаны выводы суда в отношении подсудимого, и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства;

3) указание на обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а в случае признания обвинения в какой-либо части необоснованным или установления неправильной квалификации преступления — основания и мотивы изменения обвинения;

4) мотивы решения всех вопросов, относящихся к назначению уголовного наказания, освобождению от него или его отбывания, применению иных мер воздействия;

4.1) доказательства, на которых основаны выводы суда о том, что имущество, подлежащее конфискации, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации) *(п. 4.1 введен ФЗ от 27.07.2006 № 153-ФЗ)*;

5) обоснование принятых решений по другим вопросам, указанным в статье 299 настоящего Кодекса.

1. Описательно-мотивировочная часть приговора, в свою очередь, состоит из установочной, доказательственной, мотивировочной частей, а также мотивировки недоказанной части обвинения.

Установочная часть может содержать:

1) краткую вводную формулировку признаков преступлений, в совершении которых подсудимый признается судом виновным, например, состоящую в том, что суд «установил: Н. совершил вымогательство, т.е. требование передачи чужого имущества, по предварительному сговору с группой лиц, с применением насилия, в целях получения имущества в крупном размере»;

2) описание преступного деяния, признанного судом доказанным, с указанием места, времени, способа его совершения, формы вины, мотивов, целей и последствий преступления. При этом недопустимы такие формулировки, как, например: «в *не установленное* время, в *не установленном* месте, из *не установленного* следствием источника Г. по предварительному сговору с Б. незаконно приобрел 0,166 г героина». Мотивы, цели и последствия преступления (либо их отсутствие) указываются обяза-

тельно, даже когда они не охватываются квалификацией данного преступления. Если государственный обвинитель в судебном разбирательстве изменил обвинение в сторону его смягчения (ч. 8 ст. 246), то суд, *независимо от того, какое мнение он имеет по отношению к обвинению,* описывает преступное деяние в соответствии с измененным обвинителем обвинением;

3) отношение подсудимого к предъявленному ему обвинению как в полном объеме, так и в той части, в которой суд признает его виновным, выразившееся в полном или частичном признании либо непризнании им своей виновности. При частичном признании суд указывает, в каких именно конкретных деяниях подсудимый признает себя виновным, а в каких нет, а также приводит доводы, которые выдвигает подсудимый в свою защиту. Если подсудимый отказался свидетельствовать против самого себя, то указывается на то, что он отказался давать показания в судебном заседании.

В *доказательственной части* раскрывается содержание всех без исключения исследованных судом в судебном разбирательстве доказательств — как подтверждающих виновность подсудимого, так и направленных в сторону оправдания.

В *мотивировочной части* приговора необходимо привести всесторонний анализ доказательств, на которых суд основал выводы, при этом должны получить оценку все доказательства, как уличающие, так и оправдывающие подсудимого. Суд обязан объяснить, почему он принимает одни из исследованных по делу доказательств и отвергает другие. В случаях, когда в деле имеется несколько заключений экспертов, содержащих различные выводы по одним и тем же вопросам, суду следует дать в приговоре оценку каждому из них в совокупности с другими доказательствами по делу и привести мотивы, по которым он согласился с одним из заключений и отверг другие. В описательной части приговора должна быть также дана оценка доводам, приведенным подсудимым в свою защиту. В случае изменения подсудимым показаний, данных им при производстве дознания или предварительного следствия, суд обязан тщательно проверить те и другие его показания, выяснить причины изменения показаний и дать им оценку в совокупности с иными собранными по делу доказательствами.

В приговоре необходимо мотивировать выводы суда относительно квалификации преступления по той или иной статье уголовного закона, его части либо пункту. Признавая подсудимого виновным в совершении преступления по признакам, относящимся к оценочным категориям (тяжкие или особо тяжкие последствия, крупный или значительный ущерб, существенный вред, ответственное должностное положение подсудимого и др.), суд не должен ограничиваться ссылкой на соответствующий признак, а обязан привести в описательной части приговора обстоятельства, послужившие основанием для вывода о наличии в содеянном указанного признака. По делу в отношении нескольких подсудимых или по делу, по которому подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, суд должен обосновать квалификацию в отношении каждого подсудимого и в отношении каждого преступления.

В той части обвинительного приговора, где суд мотивирует *недоказанность части обвинения,* указываются и объясняются все изменения обвинения в судебном разбирательстве. Если подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, предусмотренных различными статьями уголовного закона, и обвинение в совершении некоторых из этих преступлений не подтвердилось, суд в описательной части приговора приводит мотивы признания подсудимого виновным в одних преступлени-

ях и оправдания по обвинению в других преступлениях, а в резолютивной части приговора формулирует соответствующее решение о признании подсудимого виновным по одним статьям и об оправдании по другим статьям.

В случаях, когда подсудимому вменено совершение преступления, состоящего из нескольких эпизодов и подпадающего под действие одной статьи уголовного закона (например, несколько краж или несколько эпизодов продолжаемой преступной деятельности), и обвинение в совершении некоторых из них не подтвердилось, то, если это не влечет изменения квалификации содеянного, суду достаточно в описательной части приговора с приведением надлежащих мотивов сформулировать вывод о признании обвинения в этой части необоснованным.

Если подсудимый совершил одно преступление, которое ошибочно квалифицировано несколькими статьями уголовного закона, суд только в описательной части приговора должен указать об исключении ошибочно вмененной подсудимому статьи уголовного закона, приведя соответствующие мотивы.

Когда подсудимому предъявлено обвинение по нескольким статьям уголовного закона и суд в ходе судебного разбирательства придет к выводу о необходимости по некоторым из них по установленным законом основаниям прекратить дело (ст. 254), мотивированное решение об этом излагается не в приговоре, а в определении (постановлении) суда, вынесенном одновременно с приговором. В этом случае в описательной части приговора необходимо указать, что дело по обвинению подсудимого в совершении других преступлений прекращено отдельным определением (постановлением).

Всякое изменение обвинения в суде должно быть мотивировано в описательной части приговора. Суд вправе изменить обвинение и квалифицировать действие подсудимого по другой статье уголовного закона, а равно квалифицировать отдельные эпизоды преступления по статье закона, по которой подсудимому не было предъявлено обвинение, лишь при условии, если действия подсудимого, квалифицируемые по новой статье закона, вменялись ему в вину и не были исключены судьей из обвинительного заключения (акта) при назначении судебного заседания, не содержат признаков более тяжкого преступления и существенно не отличаются по фактическим обстоятельствам от обвинения, по которому дело принято к производству суда, а изменение обвинения не ухудшает положения подсудимого и не нарушает его права на защиту.

Придя к выводу о необходимости изменения ранее предъявленного подсудимому обвинения на статьи уголовного закона, предусматривающие ответственность за преступления, дела по которым возбуждаются не иначе как по заявлению потерпевшего (ст. 115, 116, ч. 1 ст. 129, ст. 130, ч. 1 ст. 131, ч. 1 ст. 136, ч. 1 ст. 137, ч. 1 ст. 138, ч. 1 ст. 139, ст. 145, ч. 1 ст. 146 и ч. 1 ст. 147 *УК*), суд при наличии в деле заявления потерпевшего в судебном заседании о желании привлечь подсудимого к уголовной ответственности, а также когда дело было возбуждено прокурором, а также следователем или дознавателем с согласия прокурора по основаниям, предусмотренным ч. 4 ст. 20 УПК РФ, квалифицирует действия подсудимого по вышеуказанным статьям уголовного закона.

2. Следует иметь в виду, что ст. 61 *УК* не ограничен перечень обстоятельств, смягчающих наказание. Поэтому при назначении наказания могут учитываться в качестве смягчающих и другие обстоятельства, не предусмотренные этой статьей. Признание такого обстоятельства смягчающим наказание должно быть мотивировано в приговоре.

При решении вопроса о том, имело ли место такое смягчающее обстоятельство, предусмотренное п. «и» ч. 1 ст. 61 *УК*, как явка с повинной, судам необходимо проверять, являлось ли заявление, поданное в органы расследования, или сообщение (в любой форме) о преступлении, сделанное должностному лицу органа расследования, добровольным и не связано ли это с тем, что лицо было задержано в качестве подозреваемого и подтвердило свое участие в совершении преступления.

Если по делу, возбужденному по факту совершенного преступления, лицо, его совершившее, не установлено, добровольное заявление или сообщение лица о содеянном им должно рассматриваться как явка с повинной. Как явку с повинной следует рассматривать также заявление лица, привлеченного к уголовной ответственности, о совершенных им иных преступлениях, не известных органам расследования.

При совокупности совершенных преступлений явка с повинной, как обстоятельство, смягчающее наказание, должна учитываться при назначении наказания за преступление, в связи с которым она осуществлена.

По смыслу закона правила, изложенные в ст. 62 *УК*, могут применяться судами при наличии хотя бы одного из перечисленных в п. «и» и «к» ч. 2 ст. 61 *УК* смягчающих обстоятельств, если отсутствуют отягчающие обстоятельства.

Применяя положения ст. 62 *УК*, следует иметь в виду, что при установлении смягчающих обстоятельств, предусмотренных п. «и» и «к» ч. 1 ст. 61 *УК*, суд вправе с учетом конкретных обстоятельств по делу и данных о личности виновного назначить более мягкое наказание, чем предусмотрено за конкретное преступление, при наличии оснований, указанных в ст. 64 *УК*.

3. Судам необходимо иметь в виду, что содержащийся в ст. 63 *УК* перечень отягчающих обстоятельств является исчерпывающим и суд не вправе при мотивировке наказания ссылаться на обстоятельства, которые не указаны в законе.

В тех случаях, когда то или иное обстоятельство, предусмотренное в законе в качестве отягчающего ответственность (например, причинение преступлением тяжких последствий), указано в диспозиции статьи уголовного закона в качестве одного из признаков преступления (в частности, смерть потерпевшего при обвинении подсудимого в убийстве), оно не должно дополнительно учитываться как отягчающее ответственность при мотивировке назначения наказания за это преступление.

Совершение лицом преступления в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств, психотропных или других одурманивающих веществ, законом не отнесено к обстоятельствам, отягчающим наказание. В силу ч. 3 ст. 60 *УК* эти сведения, при наличии к тому оснований, могут учитываться при оценке данных, характеризующих личность.

4. Суды обязаны выполнять требования ч. 4 ст. 307 УПК РФ о необходимости мотивировать в приговоре выводы по вопросам, связанным с назначением подсудимому вида и размера наказания. Так, в описательной части приговора должны быть указаны мотивы, по которым суд пришел к выводу о назначении наказания в виде лишения свободы, если санкция уголовного закона предусматривает и другие наказания, не связанные с лишением свободы; о возможности условного осуждения подсудимого; о назначении наказания ниже низшего предела, предусмотренного уголовным законом за данное преступление, или переходе к другому, более мягкому наказанию; о неприменении дополнительного наказания; о лишении воинского или специального звания; о назначении вида исправительного учреждения и его режима и т.д.

5. В силу ст. 64 *УК* назначение наказания ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части *УК*, возможно при наличии обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности совершенного лицом преступления, либо при активном его содействии в раскрытии группового преступления. При этом согласно закону необходимо учитывать не только цели и мотивы, которыми руководствовалось лицо при совершении преступления, но и его роль среди соучастников, поведение во время или после совершения преступления.

Имея в виду, что закон не содержит перечня исключительных обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности преступления, суд вправе признать таковыми как отдельные смягчающие обстоятельства, так и их совокупность, указав в приговоре основания принятого решения.

С учетом правил, содержащихся в ст. 64 *УК*, может быть назначен любой, более мягкий вид основного наказания, не указанный в санкции соответствующей статьи Особенной части *УК*, в т.ч. штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, исправительные работы, с соблюдением положений ст. 44 и ч. 1, 2 ст. 45 *УК* не ниже размеров или сроков, указанных в соответствующих статьях Общей части *УК* применительно к каждому из видов наказания.

По смыслу ч. 1 ст. 64 *УК* назначению наказания ниже низшего предела, указанного в санкции статьи Особенной части *УК*, не препятствует наличие в санкции этой же статьи альтернативных, более мягких видов наказаний (например, ч. 2 ст. 158 *УК*, ч. 2 ст. 159 *УК*).

Если закон, по которому квалифицируется совершенное преступление, предусматривает обязательное назначение дополнительного наказания, то неприменение этого дополнительного наказания может иметь место лишь при наличии условий, предусмотренных ст. 64 *УК*, и должно быть мотивировано в приговоре со ссылкой на указанную статью.

6. При решении вопроса о применении исключительной меры наказания — смертной казни — суды должны учитывать, что такая мера наказания в предусмотренных законом случаях может применяться лишь тогда, когда необходимость ее назначения обусловлена особыми обстоятельствами, отягчающими ответственность, и исключительной опасностью для общества лица, совершившего преступление. Применение смертной казни во всех случаях должно быть мотивировано в приговоре на основе установленных обстоятельств совершенного преступления и данных, с исчерпывающей полнотой характеризующих подсудимого.

7. Если суд во время судебного разбирательства придет к выводу о необходимости освобождения подсудимого от наказания или освобождения от его отбывания по предусмотренным в п. 3 ч. 1 ст. 24 и п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК РФ основаниям (ввиду истечения срока давности привлечения к уголовной ответственности либо вследствие акта амнистии), суд, постановляя в отношении подсудимого обвинительный приговор, должен в его описательной части мотивировать принятое решение.

8. Суд обязан привести в приговоре мотивы, обосновывающие полное или частичное удовлетворение гражданского иска либо отказа в нем, указать с приведением соответствующих расчетов размеры, в которых удовлетворены требования истца, и закон, на основании которого разрешен гражданский иск.

СТАТЬЯ 308
РЕЗОЛЮТИВНАЯ ЧАСТЬ ОБВИНИТЕЛЬНОГО ПРИГОВОРА

1. В резолютивной части обвинительного приговора должны быть указаны:

1) фамилия, имя и отчество подсудимого;

2) решение о признании подсудимого виновным в совершении преступления;

3) пункт, часть, статья Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающие ответственность за преступление, в совершении которого подсудимый признан виновным;

4) вид и размер наказания, назначенного подсудимому за каждое преступление, в совершении которого он признан виновным;

5) окончательная мера наказания, подлежащая отбытию на основании статей 69—72 Уголовного кодекса Российской Федерации;

6) вид исправительного учреждения, в котором должен отбывать наказание осужденный к лишению свободы, и режим данного исправительного учреждения;

7) длительность испытательного срока при условном осуждении и обязанности, которые возлагаются при этом на осужденного;

8) решение о дополнительных видах наказания в соответствии со статьей 45 Уголовного кодекса Российской Федерации;

9) решение о зачете времени предварительного содержания под стражей, если подсудимый до постановления приговора был задержан, или к нему применялись меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, или он помещался в медицинский или психиатрический стационар;

10) решение о мере пресечения в отношении подсудимого до вступления приговора в законную силу.

2. Если подсудимому предъявлено обвинение по нескольким статьям уголовного закона, то в резолютивной части приговора должно быть точно указано, по каким из них подсудимый оправдан и по каким осужден.

3. В случаях освобождения подсудимого от отбывания наказания или вынесения приговора без назначения наказания об этом также указывается в резолютивной части приговора.

1. В приговоре во всех случаях наказание должно быть обозначено таким образом, чтобы при его исполнении не возникало никаких сомнений относительно вида и размера наказания, назначенного судом. В связи с этим необходимо иметь в виду, что в резолютивной части обвинительного приговора должны быть указаны: вид и размер не только основного, но и дополнительного наказания, назначенного осужденному за каждое признанное доказанным преступление; основная и дополнительная мера наказания, подлежащая отбыванию осужденным по совокупности преступлений и, в соответствующих случаях, приговоров.

2. Признавая подсудимого виновным в совершении нескольких преступлений, надлежит в соответствии со ст. 69 *УК* и п. 4 ч. 1 ст. 308 УПК указывать в резолютивной части приговора вид и размер назначенного основного и дополнительного наказания отдельно за каждое преступление и окончательную меру наказания по совокуп-

ности преступлений. Дополнительное наказание не может быть определено по совокупности преступлений, если оно не назначено ни за одно из преступлений, входящих в совокупность.

3. Порядок отбывания наказания в виде лишения свободы по совокупности преступлений или приговоров указывается только после назначения окончательной меры наказания.

4. При назначении более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление, в резолютивной части приговора должно быть указано, что это наказание определяется по соответствующей статье (части, пункту статьи) с применением ст. 64 *УК*. Условное осуждение возможно лишь в отношении лиц, которым назначено одно или несколько видов наказаний, перечисленных в ч. 1 ст. 73 *УК*.

5. Назначение условного осуждения должно отвечать целям исправления условно осужденного. Поэтому суд в необходимых случаях может с учетом конкретных обстоятельств, личности виновного, его поведения в семье и т.п. возложить на него исполнение обязанностей, не перечисленных в ч. 5 ст. 73 *УК*.

Если суд придет к выводу об условном осуждении лица, совершившего два или более преступлений, то такое решение принимается не за каждое преступление, а при окончательном назначении наказания по совокупности преступлений.

Учитывая, что в соответствии с ч. 4 ст. 73 *УК* при условном осуждении могут быть назначены дополнительные наказания, условным может быть признано лишь основное наказание. Дополнительные наказания приводятся в исполнение реально, о чем следует указывать в резолютивной части приговора.

6. При удовлетворении гражданского иска, предъявленного к нескольким подсудимым, в приговоре надлежит указать, какие конкретно суммы подлежат взысканию с них солидарно и какие — в долевом порядке.

СТАТЬЯ 309
ИНЫЕ ВОПРОСЫ, ПОДЛЕЖАЩИЕ РЕШЕНИЮ В РЕЗОЛЮТИВНОЙ ЧАСТИ ПРИГОВОРА

1. В резолютивной части приговора, за исключением вопросов, указанных в статьях 306 и 308 настоящего Кодекса, должны содержаться:

1) решение по предъявленному гражданскому иску в соответствии с частью второй настоящей статьи;

2) решение вопроса о вещественных доказательствах;

3) решение о распределении процессуальных издержек.

2. При необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства, суд может признать за гражданским истцом право на удовлетворение гражданского иска и передать вопрос о размере возмещения гражданского иска для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства.

3. В резолютивной части приговора должно также содержаться разъяснение о порядке и сроках его обжалования в соответствии с требованиями глав 43—45 настоящего Кодекса, о праве осужденного и оправданного ходатайствовать об участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

1. По буквальному смыслу п. 1 ч. 1 комм. статьи решение по гражданскому иску принимается лишь в соответствии с ч. 2 комм. статьи, в которой речь идет, однако, лишь о признании за гражданским истцом права на удовлетворение иска и передаче вопроса о размере возмещения на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства. По-видимому, это техническая неточность, и решение по гражданскому иску в резолютивной части может быть принято и в части размера присуждаемого возмещения.

2. Имущество, которое получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации), являющиеся в силу п. 2.1 ч. 1 ст. 81 УПК вещественным доказательством, по приговору суда подлежат возвращению законному владельцу либо конфискации (см. об этом комм. к ст. 81, 82).

3. В резолютивной части приговора должно содержаться разъяснение, что приговор может быть обжалован в кассационном (апелляционном — для приговоров мировых судей) порядке в течение 10 суток со дня его провозглашения, а осужденным, содержащимся под стражей, — в тот же срок со дня вручения ему копии приговора с соблюдением требований ст. 317 УПК. В случае подачи кассационной жалобы осужденный вправе ходатайствовать о своем участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

СТАТЬЯ 310
ПРОВОЗГЛАШЕНИЕ ПРИГОВОРА

1. После подписания приговора суд возвращается в зал судебного заседания и председательствующий провозглашает приговор. Все присутствующие в зале судебного заседания, включая состав суда, выслушивают приговор стоя.

2. Если приговор изложен на языке, которым подсудимый не владеет, то переводчик переводит приговор вслух на язык, которым владеет подсудимый, синхронно с провозглашением приговора или после его провозглашения.

3. Если подсудимый осужден к смертной казни, то председательствующий разъясняет ему право ходатайствовать о помиловании.

4. В случае провозглашения только вводной и резолютивной частей приговора в соответствии с частью седьмой статьи 241 настоящего Кодекса суд разъясняет участникам судебного разбирательства порядок ознакомления с его полным текстом.

1. Приговор приобретает силу судебного акта лишь с момента его провозглашения. Со дня провозглашения приговора начинает течь 10-суточный срок для его апелляционного или кассационного обжалования.

2. Если объем приговора велик и чтение его может занять слишком длительное время, выслушивание его стоя может вызвать определенные трудности, особенно для лиц преклонного возраста и больных. В подобных случаях в соответствии с ч. 2 ст. 257 («Регламент судебного заседания») председательствующий может допустить отступление от общего правила. Кроме того, как представляется, им может быть объявлен

перерыв в судебном заседании для отдыха, по окончании которого оглашение приговора продолжается.

3. Согласно п. «о» ст. 71 Конституции РФ помилование находится в ведении РФ. Помилование осуществляется Президентом РФ в отношении индивидуально определенного лица. Актом помилования лицо, осужденное за преступление, может быть освобождено от дальнейшего отбывания наказания либо назначенное ему наказание может быть сокращено или заменено более мягким видом наказания. С лица, отбывшего наказание, актом помилования может быть снята судимость (ст. 85 *УК*). Прошение о помиловании предварительно рассматривают специальные комиссии по вопросам помилования, действующие на территориях субъектов РФ, которые подготавливают свои заключения по материалам о помиловании для дальнейшего представления руководителю высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ. Высшее должностное лицо субъекта РФ не позднее чем через 15 дней со дня получения ходатайства о помиловании и заключения комиссии вносит Президенту РФ представление о целесообразности применения акта помилования[1].

4. Оглашение лишь вводной и резолютивной частей приговора предусмотрено в случае рассмотрения уголовного дела в закрытом судебном заседании. Разъяснение участникам судебного разбирательства порядка ознакомления с его полным текстом предполагает определение даты, когда можно будет ознакомиться с приговором. По общему правилу копии приговора должны быть вручены осужденному, оправданному, их защитникам и законным представителям, государственному обвинителю, потерпевшему и его представителю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не позднее 5 суток со дня его провозглашения. Если это будет сделано судом по истечении указанного срока, 10-дневный срок кассационного (апелляционного) обжалования приговора, в случае его пропуска стороной по этой причине, подлежит восстановлению (ч. 2 ст. 357).

5. После провозглашения приговора председательствующий обязан разъяснить осужденному, оправданному срок и порядок обжалования приговора, его право ознакомиться с протоколом судебного заседания и подать замечания на него.

СТАТЬЯ 311
ОСВОБОЖДЕНИЕ ПОДСУДИМОГО ИЗ-ПОД СТРАЖИ

Подсудимый, находящийся под стражей, подлежит немедленному освобождению в зале суда в случаях вынесения:

1) оправдательного приговора;

2) обвинительного приговора без назначения наказания;

3) обвинительного приговора с назначением наказания и с освобождением от его отбывания;

4) обвинительного приговора с назначением наказания, не связанного с лишением свободы, или наказания в виде лишения свободы условно.

---

[1] См. Указ Президента РФ от 28.12.2001 г. № 1500 «О комиссиях по вопросам помилования на территориях субъектов Российской Федерации» и утвержденное им Положение о порядке рассмотрения ходатайств о помиловании в Российской Федерации // СЗ РФ. 2001. № 53 (ч. II). Ст. 5149.

1. О видах обвинительного приговора см. п. 5 комм. к ст. 302.

2. В случае освобождения подсудимого в зале суда ему немедленно выдается выписка из приговора с указанием об отмене меры пресечения.

3. Освобождение подсудимого из-под стражи по своему юридическому содержанию представляет собой отмену меры пресечения в силу отпадения ее главного условия — возможности отбывания соответствующего наказания (об этом см. комм. к ст. 97).

СТАТЬЯ 312
ВРУЧЕНИЕ КОПИИ ПРИГОВОРА

В течение 5 суток со дня провозглашения приговора его копии вручаются осужденному или оправданному, его защитнику и обвинителю. В тот же срок копии приговора могут быть вручены потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям при наличии ходатайства указанных лиц.

Комм. норма корреспондирует с ч. 2 ст. 357 («Порядок восстановления срока обжалования»), в которой установлено, что если копия обжалуемого судебного решения указанным лицам вручена по истечении 5 суток со дня его провозглашения, то пропущенный срок обжалования восстанавливается.

СТАТЬЯ 313
ВОПРОСЫ, РЕШАЕМЫЕ СУДОМ ОДНОВРЕМЕННО С ПОСТАНОВЛЕНИЕМ ПРИГОВОРА

1. При наличии у осужденного к лишению свободы несовершеннолетних детей, других иждивенцев, а также престарелых родителей, нуждающихся в постороннем уходе, суд одновременно с постановлением обвинительного приговора выносит определение или постановление о передаче указанных лиц на попечение близких родственников, родственников или других лиц либо помещении их в детские или социальные учреждения.

2. При наличии у осужденного имущества или жилища, остающихся без присмотра, суд выносит определение или постановление о принятии мер по их охране.

3. В случае участия в уголовном деле защитника по назначению суд одновременно с постановлением приговора выносит определение или постановление о размере вознаграждения, подлежащего выплате за оказание юридической помощи.

4. Все решения, предусмотренные настоящей статьей, могут быть приняты по ходатайству заинтересованных лиц и после провозглашения приговора.

1. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утв. Резолюцией № 43/173, принятой 43-й сессией Генеральной Ассамблеи ООН, «соответствующие власти принимают меры для обеспечения согласно национальному законодательству, в случае необходимости, помощи членам семей задержанных или находящихся в заключении лиц, находящимся

на их иждивении, в особенности несовершеннолетним лицам, и уделяют особое внимание надлежащей опеке над детьми, оставшимися без присмотра» (принцип 31). Норма, содержащаяся в п. 1 комм. статьи УПК РФ, соответствует этому международно-правовому стандарту. Кроме того, предусматривается принятие судом мер к охране оставшегося без присмотра имущества и жилища осужденного.

2. Представляется, что прежде, чем выносить определение или постановление о передаче несовершеннолетних детей и иных иждивенцев, а также престарелых родителей осужденного *на попечение* близких родственников, родственников или других лиц либо помещении их в детские или социальные учреждения, суду следует вызвать указанных лиц или их представителей в судебное заседание с целью выяснения вопроса о наличии их *согласия* и *фактической возможности* для принятия на себя такого попечения. Согласно ч. 3 ст. 31 *ГК* опека и попечительство над несовершеннолетними устанавливаются, в частности, в случаях, когда такие граждане по иным причинам остались без родительского попечения. Опека устанавливается над малолетними, а также над гражданами, признанными судом недееспособными вследствие психического расстройства. Попечительство устанавливается над несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет. Вместе с тем согласно ст. 35 *ГК* опекун или попечитель *с его согласия* назначаются *органом опеки и попечительства*, а не уголовным судом. При этом должны учитываться его нравственные и иные личные качества, способность к выполнению обязанностей опекуна или попечителя, отношения, существующие между ним и лицом, нуждающимся в опеке или попечительстве, а если это возможно — и желание подопечного. Вряд ли уголовный суд одновременно с постановлением приговора может учесть все эти обстоятельства. Представляется, что термин «попечение», использованный в комм. статье, не равнозначен понятиям «опека» и «попечительство», а определение суда должно быть обращено в первую очередь к органам опеки и попечительства, чтобы они в порядке, установленном гражданским и семейным законодательством, приняли меры к защите прав и интересов несовершеннолетних детей, иждивенцев и престарелых родителей осужденного.

3. Представляется, что определение или постановление суда об охране имущества или жилища осужденного, остающихся без присмотра, также должно быть обращено к органам опеки и попечительства, которые в целях охраны имущества осужденного вправе использовать институт доверительного управления имуществом. Согласно ст. 38 *ГК* «при необходимости постоянного управления недвижимым и ценным движимым имуществом подопечного орган опеки и попечительства заключает с управляющим, определенным этим органом, договор о доверительном управлении таким имуществом. В этом случае опекун или попечитель сохраняет свои полномочия в отношении того имущества подопечного, которое не передано в доверительное управление».