

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
Глава 1. Оценка допустимости процедур изъятия наркотических средств в решениях Европейского Суда по правам человека. Процедуры изъятия наркотических средств непосредственно у лица.....	7
1. Оценка допустимости процедуры задержания и последующего изъятия наркотических средств в решениях Европейского Суда по правам человека	7
1.2 Допустимость процедуры изъятия наркотических средств в ходе осуществления личного досмотра.....	22
1.3 Допустимость процедуры изъятия наркотиков в ходе личного обыска. Соотношение с процедурой изъятия наркотиков при осмотре места происшествия и освидетельствования	42
Глава 2. Допустимость процедур изъятия наркотиков из жилища, задний, сооружения и иных объектов	53
2.1 Процедура изъятия при проведении негласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. Соотношение процедуры изъятия при обследовании и обыске	53
2.2 Допустимость процедуры изъятия наркотических средств в рамках осмотра места происшествия.....	71
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	82
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	86
ПРИЛОЖЕНИЕ 1	98

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Преступления, связанные с незаконным оборотом наркотиков, имеют достаточно широкое распространение. По данным портала правовой статистики, на 2019 г. было зарегистрировано 190197 преступлений данной категории, а на март 2020 г. это количество уже составляет 50942¹. Более того, большая часть решений Европейского Суда по правам человека связана именно с делами, о незаконном обороте наркотиков, в том числе по жалобам против Российской Федерации.

Оперативно-розыскные мероприятия и следственные действия, направленные на обнаружение и изъятие наркотических средств, представляют собой основную форму собирания доказательств, необходимых для установления причастности лиц к преступлениям. Процедура изъятия наркотических средств часто является кульминационным моментом проведения таких действий, и должна соответствовать требованиям допустимости для возможного использования полученных в ходе нее доказательств при расследовании уголовного дела.

Ввиду отсутствия детального правового регулирования проведения мероприятий по изъятию наркотиков, у сотрудников, осуществляющих данную деятельность, появляется возможность для злоупотреблений и расширительного толкования закона относительно своих полномочий. Следствием всего этого является проведение процедуры изъятия, с нарушением закона, прав и свобод лиц, в отношении которых оно производится. Увы, имеют место случаи подброса наркотиков сотрудниками правоохранительных органов какому-либо лицу, с последующим изъятием и привлечением к уголовной ответственности, что явно не недопустимо².

¹ Информационно-аналитический портал правовой статистики Генеральной прокуратуры Российской Федерации [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://crimestat.ru>

² См. напр.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.07.2019 г. «Борисов против Российской Федерации» жалоба № 48105/17 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Суды по-разному оценивают допустимость процедур изъятия наркотиков, в ходе оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, часто оценка является формальной, с точки зрения правильности составления протокола. В то же время не учитываются правовые позиции Европейского Суда по правам человека, определяющие допустимость полученных доказательств, в ходе расследования дел данной категории.

В связи с отсутствием детального законодательного закрепления проведения изъятия наркотиков и возможностью злоупотреблений со стороны сотрудников правоохранительных органов, появляется необходимость в установлении таких правил допустимости изъятия, чтобы исключались возможные нарушения прав лица, в отношении которого производится изъятие.

Степень изученности проблемы. Вопросы допустимости обнаружения и изъятия наркотических средств в ходе отдельных оперативно-розыскных мероприятий исследовались такими учеными, как А. А. Помелов, А. В. Чуркин, Л. А. Бакланов, В. А. Семенцов, М. В. Лапатников.

Ввиду отсутствия детального правового регулирования, на практике возникли вопросы относительно соотношения отдельных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, при проведении которых могут быть обнаружены и изъяты наркотические средства. Изучением указанных соотношений занимались такие ученые, как Р. Ш. Валиев, О. В. Шипунова, Н. С. Железняк, С. Б. Россинский.

Однако, даже с учетом высокой значимости трудов указанных авторов, отметим, что недостаточно внимания уделяется вопросам допустимости обнаружения и изъятия наркотических средств, особенно в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, о чем свидетельствует различная оценка допустимости схожих процедур судами, а также практика подмены следственных действий оперативно-розыскными мероприятиями, использование административных средств принуждения в отношении лиц,

совершающих преступления. Выбор темы обусловлен необходимостью теоретического осмысления указанных проблем.

Цели и задачи исследования. Цель работы заключается в определении порядка проведения процедур обнаружения и изъятия наркотических средств, при осуществлении различных оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, которые будут отвечать требованиям допустимости.

Основные задачи исследования:

- а. определить критерии допустимости обнаружения и изъятия наркотических средств, данные Европейским судом по правам человека;
- б. выявить проблемные аспекты, существующие на практике, возникающие в ходе обнаружения и изъятия наркотических средств;
- в. проанализировать причины возникающих нарушений, на примерах судебной практики;
- г. определить момент возникновения права на защиту, право не свидетельствовать против себя, а также возможность их реализации;
- д. определить допустимость изъятия наркотиков, в ходе применения административных средств принуждения (административного задержания, личного досмотра);
- е. установить соотношение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, в ходе которых могут быть изъяты наркотические средства;
- ж. предложить порядок проведения изъятия наркотических средств, отвечающий требованиям допустимости в ходе конкретных оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий.

Научная новизна работы выражается в анализе и обобщении критериев допустимости задержания, обнаружения и изъятия наркотических средств, данных Европейским судом по правам человека. Это важно ввиду

необходимости учета правовых позиций Суда при рассмотрении дел в Российской Федерации.

Также, в теоретическом осмыслении сущности личного досмотра, как мероприятия, в ходе которого могут быть изъяты наркотики, в рамках оперативно-розыскной деятельности, дана правовая оценка допустимости такого изъятия.

Вместе с тем, в установлении и анализе соотношения следующих мероприятий, имеющих большое количество случаев подмены друг другом на практике:

- а. меры административного принуждения «личный досмотр» и следственного действия «личный обыск»;
- б. оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» со следственным действием «обыск»;

Наряду с этим, научная новизна состоит в определении правил, которые необходимо соблюдать для признания процедуры обнаружения и изъятия наркотических средств допустимым, в отношении изъятия непосредственно у лица, а также из помещений, зданий, сооружений и иных объектов.

Глава 1. Оценка допустимости процедур изъятия наркотических средств в решениях Европейского Суда по правам человека. Процедуры изъятия наркотических средств непосредственно у лица.

1. Оценка допустимости процедуры задержания и последующего изъятия наркотических средств в решениях Европейского Суда по правам человека

Европейский суд по правам человека (далее также – ЕСПЧ) в своих решениях устанавливает определенные требования к доказательствам, получаемым в ходе расследования преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, а именно в ходе обнаружения и изъятия наркотиков. К решениям ЕСПЧ мы прибегаем в самом начале работы ровно потому, что дела, связанные с наркотическими средствами едва ли не самые распространенные в его практике и большинство положений о, например, допустимости доказательств в целом, основано именно на таких делах. В отношении России увы, таких дел также немало и в нашей работе мы будем опираться на них в полной мере, так как практика ЕСПЧ обязательна к учету российскими судами.

Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»³ указывается, что при применении Конвенции о защите прав и основных свобод человека (далее – Конвенция), суды должны учитывать практику ЕСПЧ. Вместе с этим, Российская Федерация признает юрисдикцию ЕСПЧ обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих

³ О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления их в силу в отношении Российской Федерации.

Наряду с этим, обязательность учета практики ЕСПЧ отмечается в Постановлении Пленума Верховного Суда «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней»⁴, в котором отмечается обязательность позиций, содержащихся в постановлениях ЕСПЧ, принятых в отношении Российской Федерации. Если решения приняты в отношении иных государств, которые являются участниками Конвенции, а суды в Российской Федерации рассматривают имеющее аналогичные обстоятельства дело, то учитываются правовые позиции ЕСПЧ, для защиты прав и свобод.

Анализ решений Европейского суда показал, что заявителями оспаривается одно или несколько действий, совершенных при проведении оперативно-розыскного мероприятия или следственного действия, направленного на изъятие наркотических средств. Соблюдение всего порядка изъятия наркотиков необходимо, так как расследование этой категории дел, представляет взаимосвязанную последовательность, в которой недопустимость доказательств, полученных в ходе одного действия, может привести к недопустимости доказательств в последующем действии.

Приведем общее представление о требованиях, предъявляемым ЕСПЧ к процедуре обнаружения и изъятия наркотических средств.

1. Оформление процедуры задержания

Задержание может предшествовать обнаружению и изъятию наркотических средства, либо следовать после. Практически все спорные вопросы в делах, связанных с наркотиками возникают на стыке задержания и непосредственно изъятия, что заставляет нас рассмотреть этот аспект подробнее.

⁴ О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 21 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

При проведении оперативно-розыскных мероприятий и иных действий, законным может признаваться задержание, обладающее одновременно следующими признаками: а) есть обоснованное подозрение в совершении преступления, или в том, что лицо собирается совершить преступление; б) оно производится с целью доставления в компетентный орган.

Следует отметить, что «обоснованным подозрением», по мнению ЕСПЧ, является наличие фактов или информации, которые могли бы убедить объективного наблюдателя, что лицо могло совершить преступление⁵.

Также, при отсутствии обоснованных подозрений, лицо не может быть задержано для сбора информации, которая может стать основанием подозрения.

Наряду с этим, сотрудники, должны действовать строго на основании закона, в том числе, учитывая требования к оформлению произведенного задержания.

В деле «Нечипорук и Йонкало против Украины», один из заявителей был задержан и доставлен в отделение полиции, на том основании, что «быстро шел, оглядываясь вокруг, сомневался куда идти». При последующем досмотре, у заявителя был найден пакет с каким-то веществом, по подозрению полиции, являющимся наркотическим средством. Вещество было отправлено на экспертизу, а заявитель задержан на 9 часов, при этом, задержание не было оформлено. После того, как экспертизой было установлено, что вещество не является наркотическим средством, заявитель был освобожден, а затем на месте арестован по подозрению в убийстве.

Ненадлежащее оформление задержания, по мнению ЕСПЧ, является грубым нарушением Конвенции. Это лишает подозреваемого процессуальных прав и гарантий, и ставит его в уязвимое положение, так как фактически он

⁵ Постановление Европейского Суда по правам человека от 21.04.2011 г. «Нечипорук и Йонкало против Украины» жалоба № 42310/04 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

находится под юрисдикцией правоохранительных органов, а юридического подтверждения этому нет, никаких гарантий ему не предоставляется.

Также, в деле «Фортальнов и другие против РФ» заявитель был задержан сотрудниками правоохранительных органов по подозрению в хранении наркотических средств. Время задержания, указанное в протоколе, не соответствовало фактическому времени: задержание было оформлено спустя 9 часов. Следовательно, период времени между фактическим задержанием и составлением протокола задержания, не был признан каким-либо образом. Заявитель также находится под контролем правоохранительных органов, без предоставления каких-либо процессуальных прав и гарантий⁶.

Из указанных дел можно выделить требования, предъявляемые ЕСПЧ к содержанию протокола задержания, который может считаться законным:

- а. Наличие даты, фактического времени задержания, места задержания, имени задержанного, имени сотрудника, производившего задержание;
- б. Указание на основание задержания (обоснованное подозрение);
- в. Протокол должен быть оформлен непосредственно после задержания;
- г. В протоколе отражается факт разъяснения задержанному всех его прав, в частности, право на юридическую помощь, а также право не свидетельствовать против себя;
- д. Факт задержания должен быть отражен прямо, а не косвенно выражен из каких-либо других актов.

Наряду с этим, отсутствие протокола задержания, не дает лицу формальный статус подозреваемого, и соответственно может лишать его права на защиту, на помощь адвоката.

⁶ Постановление Европейского Суда по правам человека от 26.06.2018 г. «Фортальнов и другие против Российской Федерации» жалоба № 7077/06 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Обеспечение права на защиту, эффективную юридическую помощь является составной частью справедливости судебного разбирательства. То есть, без обеспечения права на защиту, мы можем говорить о нарушении права на справедливое судебное разбирательство, что впоследствии может повлечь отмену приговора.

В деле «Родионов против РФ», заявитель был задержан по подозрению в совершении преступления⁷. Автомобиль заявителя был остановлен, его попросили выйти из машины и сразу надели на него наручники. После этого заявителю был задан вопрос о наличии при нем каких-либо запрещенных веществ. Заявитель ответил, что запрещенные вещества есть.

Сотрудники, производившие задержание, осмотрели транспортное средство заявителя, на заднем сидении которого были обнаружены пакет с пачкой таблеток, пакет с порошкообразным веществом, электронные весы. Заявитель подписал протокол досмотра. Затем ему было предъявлено обвинение.

Родионов обратился с жалобой в ЕСПЧ, указывая на несправедливость процесса, в связи с тем, что он не был осведомлен о праве пользоваться помощью защитника на начальной стадии разбирательства.

Возникает вопрос, с какого момента должно быть предоставлено право пользоваться помощью защитника, и каким образом оно предоставляется?

По мнению Европейского суда, право на защиту предоставляется лицу, в отношении которого предъявлено «уголовное обвинение», к которому Суд относит и лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления.

В указанном деле, правоохрнительными органами, в ходе прослушивания телефонных переговоров заявителя, была получена информация, что он будет осуществлять перевозку наркотических средств. На основании этой информации, за заявителем было установлено наблюдение.

⁷ Постановление Европейского Суда по правам человека от 11.12.2018 г. «Родионов против Российской Федерации» жалоба № 9106/09 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Суд считает, что задержание Родионова было основано на подозрении в совершении преступления. Следовательно, в момент своего задержания заявитель уже подвергся «уголовному обвинению» и имел право на защиту.

В деле «Родионов против РФ» ЕСПЧ дает широкое толкование понятию «подозреваемый», поясняя, что с того момента, когда в отношении лица появляется подозрение в совершении преступления и сотрудники правоохранительных органов, совершают действия, направленные на изобличение, лицо получает право пользоваться помощью защитника, а также быть уведомленным об этом праве.

Действия сотрудников правоохранительных органов, направленные на изобличение (установление причастности) подозреваемого лица, могут выражаться по-разному. К примеру, к моменту остановки транспортного средства Родионова, он уже был подозреваемым в совершении преступления, поскольку правоохранительными органами, при прослушивании его телефонных переговоров, было установлено, что он собирается осуществить перевозку наркотических средств. Когда подозреваемый был остановлен, ему был задан вопрос: «есть ли запрещенные вещества?». Даже вопрос в данном случае является действием, направленным на изобличение лица, поскольку любая полученная информация, может быть использована против лица в дальнейшем.

Получается, что по мнению ЕСПЧ, если задерживается лицо, в отношении которого у сотрудников правоохранительных органов было подозрение в совершении преступления, с момента, когда в отношении него применяются изобличительные действия, у лица появляется право на защиту, на помощь адвоката.

Необходимо отметить, что у подозреваемого есть право отказаться от помощи адвоката. Однако, Суд указывает, что этот отказ не может быть молчаливым. То есть, если подозреваемый просто не просил о представлении адвоката, это нельзя назвать отказом от права на защиту. Отказ должен быть явно выраженным, закрепленным. Важно, что право на защиту и право на

отказ от защиты должны быть разъяснены лицу таким образом, чтобы оно понимало все правовые последствия такого или иного действия, принимало решение самостоятельно. Другими словами, отказ от помощи адвоката должен быть добровольным, осознанным и информированным.

Одновременно с правом на защиту, у лица появляются право не свидетельствовать против себя и право хранить молчание. По мнению Европейского суда, эти права должны быть разъяснены таким образом, чтобы подозреваемый мог «осознанно и обоснованно» предвидеть последствия своих действий, если бы он предпочел не хранить молчание.

Соответственно, для соблюдения прав подозреваемого, еще до начала действий, направленных на получение любой информации от него, подозреваемому должны быть разъяснены права. Разъяснения должны быть таким, чтобы не возникало сомнения в том, что суть их была доведена до лица.

Европейский суд указывает, что наличие в заранее отпечатанном протоколе задержания положений о разъяснении лицу права не свидетельствовать против себя или права хранить молчание, не может являться подтверждением того, что эти права были разъяснены надлежащим образом.

Наряду с этим, Суд отмечает, что устное разъяснение прав тоже должно быть подтверждено. Это могут быть аудио- или видеозаписи.

Поскольку право на защиту, право не свидетельствовать против себя и хранить молчание, является составной частью права на справедливое судебное разбирательство, они должны быть соблюдены без отступлений.

Также, в деле «Безе против Бельгии», Суд указал критерии, которые свидетельствуют о том, что право на защиту (юридическую помощь) было предоставлено подозреваемому в полной мере⁸.

Для того, чтобы право на защиту считалось предоставленным, необходимо одновременное соблюдение следующих положений:

⁸ Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.11.2018 г. «Безе против Бельгии» жалоба № 71409/10 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

а. Подозреваемый должен иметь возможность связаться со своим адвокатом с момента выражения подозрения в совершении преступления.

б. Подозреваемый должен быть бесспорно уведомлен о своем праве пользоваться помощью защитника, не свидетельствовать против себя и хранить молчание. Право должно быть разъяснено сотрудниками правоохранительных органов. При возможности с наличием доказательств об устном уведомлении.

в. Право не свидетельствовать против себя должно быть разъяснено таким образом, чтоб лицо «осознанно и обоснованно» предвидело последствия своих действий, если бы оно предпочло не хранить молчание.

г. Права должны быть разъяснены подозреваемому в протоколе задержания, досмотра и иных, и ознакомление с ними удостоверено его подписью.

д. Отказ от защитника должен быть явным. Молчаливый отказ не может считаться, поскольку неизвестно было ли разъяснено право на защиту.

е. Подозреваемый имеет право требовать физического присутствия адвоката на любой стадии предварительного следствия.

Соблюдение порядка задержания, предоставления лицу права на защиту и иных гарантий, предшествующих или последующих обнаружению и изъятию наркотических средств, помогает избежать признания этих действий нарушающими права на справедливое судебное разбирательство, личную свободу и неприкосновенность. При несоблюдении порядков и само изъятие наркотических средств, будь даже оно проведено без нарушений, может быть признано несоответствующим требованиям закона, поскольку является причиной или следствием незаконного задержания.

К непосредственному изъятию предъявляется ряд самостоятельных требований, неисполнение которых может привести к признанию изъятия нарушающим закон, а доказательства, полученные в ходе, недопустимыми.

Европейский суд рассматривает несоблюдение этих требований в контексте нарушения права на справедливое судебное разбирательство, предусмотренное ст. 6 Конвенции.

2. Требования к месту и времени изъятия наркотических средств

По мнению ЕСПЧ наркотики должны быть изъяты сразу после задержания и на месте задержания. Обратное должно быть специально обосновано и иметь разумное объяснение. Необходимость изъятия сразу после задержания объясняется тем, что при наличии промедления возникают вопросы к достоверности и допустимости полученных доказательств, ставятся под сомнение обстоятельства, при которых они были получены, так как само доставление происходит полностью под контролем правоохранительных органов.

Европейский суд допускает, что могут быть какие-либо временные промежутки, между задержанием и изъятием наркотиков. Наличие «особых обстоятельств», которые делали невозможным незамедлительный личный досмотр и изъятие сразу после задержания, может признаваться правомерным промедлением. То есть, сотрудники правоохранительных органов затратили это время на совершение какого-либо действия, необходимого для соблюдения закона.

В деле «Борисов против РФ» у заявителя были изъяты наркотические средства, более чем через час после задержания, вне места задержания. Промежуток времени между задержанием и изъятием наркотических средств, был обоснован наличием «особых обстоятельств», таких как необходимость

обеспечения присутствия понятых на месте предполагаемого совершения преступления⁹.

Во-вторых, промежуток времени, между задержанием и изъятием наркотиком, должен быть таким, чтобы исключить возможность подброса наркотиков.

Это время должно определяться в каждом конкретном случае, с учетом всех обстоятельств. К примеру, в деле «Сакит Захидов против Азербайджана» досмотр и изъятие были проведены спустя 20 минут после задержания¹⁰. Европейский суд отметил, что наличие неконтролируемого промежутка времени, на протяжении которого лицо находится под юрисдикцией правоохранительных органов, дает основание полагать, что доказательство подброшено.

Поэтому, промежуток времени должен быть обоснован и указан, в документах, составленных при проведении оперативных и иных мероприятий. Представляется, что обоснование должно исключить обоснованные сомнения в качестве полученных доказательств.

Наряду с этим, особое обстоятельство должно быть признано таковым в суде. В деле «Борисов против РФ», суд указал, что поиск понятых не может являться особым обстоятельством по этому делу, ввиду того, что, задержание являлось частью заранее спланированной операции и присутствие понятых на месте должно быть обеспечено своевременно¹¹.

Учитывая вышесказанное для того, чтобы промедление в изъятии наркотических средств было обоснованным, необходимо следующее:

⁹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.07.2019 г. «Борисов против Российской Федерации» жалоба № 48105/17 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

¹⁰ Постановление Европейского Суда по правам человека от 12.11.2015 г. «Сакит Захидов против Азербайджана» жалоба № 51164/07 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

¹¹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.07.2019 г. «Борисов против Российской Федерации» жалоба № 48105/17 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

а. Наличие обоснованных обстоятельств, не позволяющих произвести изъятие без промедлений;

б. Обстоятельство должно быть связано с невозможностью немедленного проведения каких-либо действий, предшествующих изъятию, предусмотренных законом;

в. Эти обстоятельства, должны быть указаны в документе, составленном при задержании лица и обоснованы так, чтобы исключались любые сомнения в качестве полученных доказательств;

г. Указанные обстоятельства, должны быть признаны таковыми судом;

д. Должна быть учтена последовательность показаний относительно принадлежности наркотических средств лицу, у которого они были изъяты.

3. Требования к способу изъятия наркотических средств

Правомерность способа изъятия наркотических средств, рассматривается Европейским судом в совокупности с местом и временем изъятия. Исходя из решений Суда, как способ изъятия можно рассматривать сам механизм извлечения наркотических средств, после их обнаружения в том или ином месте.

Наряду с этим, оценка изъятия и значения общественного интереса с одной стороны, и интересов отдельного лица с другой, наиболее распространена в практике Суда, как способ определения правомерности изъятия наркотиков.

То есть, до момента фактического изъятия, как правило, уже становится известно, что лицо имеет отношение к незаконному обороту наркотических средств. В этой ситуации, необходимо с соблюдением прав и свобод человека, учетом всех процессуальных формальностей, обнаружить и изъять наркотики. Однако не всегда возможно получить прямые доказательства, которые можно будет в дальнейшем использовать для расследования уголовного дела.

Учитывая это, при непосредственном изъятии могут допускаться нарушения, которые впоследствии объясняются наличием общественного интереса в предотвращении совершения дальнейших преступлений, который, по мнению правоохранительных и судебных органов, может превышать интерес отдельно взятой личности.

Одним из наиболее громких дел, в которых национальные правоохранительные органы и суды, нарушили права и свободы лица, действуя в пользу интересов общества, является «Яллох против Германии»¹².

Полицейские в штатском обратили внимание на то, что заявитель несколько раз доставал изо рта небольшие пластиковые пакетики, которые передавал другим лицам в обмен на деньги. У них возникло подозрение, что пакетики содержат наркотические средства. В ходе задержания, заявитель проглотил пакетик, находившийся у него во рту.

Наркотики при нем обнаружить не удалось, и заявителя доставили в отдел. Затем после отказа добровольно принять лекарство, вызывающее рвоту, четверо полицейских стали удерживать его, и врач насильно ввел ему через нос солевой раствор и ипекакуану. Ему было введено несколько инъекций препаратом, действующий как рвотное средство. В результате из пищеварительного тракта заявителя удалось извлечь небольшой пакетик кокаина.

Стоит отметить, что, с точки зрения национального права Германии, его права нарушены не были, и национальные суды пришли к выводу, что статья 81a Уголовно-процессуального кодекса Германии разрешала принятие подобных мер в отношении заявителя.

Однако, Европейский Суд в своем решении указал, что заявитель подвергся бесчеловечному и унижающему достоинство обращению. То есть, доказательства, использованные в уголовном судопроизводстве по делу

¹² Постановление Европейского Суда по правам человека от 11.06. 2006 г. «Яллох против Германии» жалоба № 54810/00[Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

заявителя, были получены в результате прямого нарушения одного из основных прав, гарантированных Конвенцией, что указывает на недопустимость принятия таких доказательств. Несмотря на правомерность относительно национального права, запрет применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство человека обращение, является общепризнанной нормой, которая не может быть нарушена.

Таким образом, применение насильственных способов изъятия наркотических средств, которые выражены в применении пыток, бесчеловечном или унижающем достоинство обращении, не является правомерным способом изъятия, даже, если при этом была попытка защитить интересы общества, а доказательства, полученные в ходе такого изъятия, не могут считаться допустимыми.

Наряду с этим, ЕСПЧ признает, что есть случаи, когда интерес общества имеет большее значение, чем права отдельно взятой личности.

В деле «Праде против Германии», заявитель подозревался нарушении авторского права¹³. При расследовании этого дела, в квартире заявителя был проведен обыск, в ходе которого были обнаружены и изъяты наркотические средства. Позже, этот обыск был признан судом незаконным, поскольку отсутствовали достаточные основания для его проведения. То есть, наркотические средства были обнаружены и изъяты в ходе незаконного обыска. Соответственно, если обыск был незаконным, то и изъятия было незаконным, а доказательства, полученные в ходе такого изъятия, должны быть недопустимыми.

Однако, перед национальными судами и Европейским судом встал вопрос: можно ли считать правомерным использование наркотиков в качестве доказательств, которые были изъяты при незаконном обыске.

¹³ Постановление Европейского Суда по правам человека от. 3.03. 2016 г. «Праде против Германии» жалоба № 7215/10 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Европейский суд пришел к выводу, что такое доказательство можно назвать допустимым, ссылаясь на совокупность факторов, подтверждающих эти выводы.

Представляется, что мы можем использовать эти положения для определения правомерности изъятия и в иных случаях. В действиях оперативных сотрудников, которые обращались за разрешением на проведение обыска, а затем его проводили, должна отсутствовать недобросовестность и намерение нарушить какие-либо формальные правила.

Наряду с этим, заявитель должен иметь реальную возможность оспорить использование подобных доказательств.

Поскольку ЕСПЧ оценивает доказательства в совокупности со справедливостью судебного разбирательства, необходимо, чтобы в национальных судах, были учтены все требования, которые предъявляются к справедливому судебному разбирательству. Следовательно, у лиц, должна быть возможность, возразить против использования каких-либо доказательств. Суды должны всесторонне исследовать подобные возражения и разъяснять в судебном акте, почему оно было приятно или отклонено. В ином случае, Европейский суд, приходит к выводу, что возражение было не исследовано судом достаточным образом и возникают сомнения в достоверности и надежности доказательств.

Также, заявителю должно быть предоставлено право высказать сомнение в достоверности полученного доказательства, и суд обязан всесторонне рассмотреть его доводы и вынести мотивированное мнение относительно сомнений. Также, необходимо учитывать, предъявлялись ли претензии относительно выводов эксперта на каком-либо из этапов разбирательства.

В свою очередь необходимо, чтобы, общественный интерес, заключающийся в расследовании преступления, в каждом случае был сопоставленным с интересами лица. Характер и существенность нарушений,

совершенных заявителем, перевешивают характер и существенность нарушений, допущенных полицией.

В деле «Праде против Германии», в действиях полицейских не было недобросовестности и намерения нарушить правила, заявитель обладал возможностью оспорить использование доказательств, и судом были надлежаще рассмотрены аргументы заявителя. Также, заявитель не высказывал сомнение в достоверности доказательства, оно было обнаружено в комнате, которую использовал только заявитель, и он сам утверждал, что хранил наркотики.

Европейский суд поддержал мнение национальных судов Германии о возможности использования доказательства, указав, при соотношении общественного интереса, выражающегося в привлечении к ответственности за хранение наркотиков (в значительном размере), с интересами лица, которые заключаются в неприкосновенности его жилища, преобладает общественный интерес.

В отличие от этого решения, в деле Яллох против Германии, приведенного выше, власти осуществили серьезное вмешательство в физическую и психическую целостность заявителя против его воли, тем самым нарушив общепринятые правовые нормы, нарушение которых, по мнению ЕСПЧ, не может оправдать общественный интерес.

Таким образом, наличие гарантий, отсутствия недобросовестности, нарушения формальных норм, учет характера и существенности нарушений (со стороны органов и со стороны заявителя), наличие и у заявителя возможности оспорить подлинность доказательств и представить возражения против их использования, а также способ получения доказательства и его качество, могут свидетельствовать о возможности или невозможности признания доказательства, полученного в ходе изъятия, допустимым.

Итак, мы выделили основные критерии, которыми ЕСПЧ пользуется для определения нарушения статьи 6 Конвенции, когда речь идет об изъятии наркотических средств. Дальнейшая часть работы будет посвящена тому, что

мы постараемся совместить эти критерии с законодательным регулированием в нашей стране и непосредственно практикой такого изъятия.

1.2 Допустимость процедуры изъятия наркотических средств в ходе осуществления личного досмотра

Изъятие наркотических средств — это место пересечения уголовного процесса, оперативно-розыскной деятельности и деятельности в рамках оформления административных правонарушений. Такое разветвление, увы, приводит к большим злоупотреблениям на практике, о которых и пойдет речь ниже. Первое из них касается некоторого изобретения российских полицейских – добровольного личного досмотра.

Доказательства, которые формируются в ходе оперативно-розыскной деятельности и следственных действий, должны быть получены в строгом соответствии с законом, оцениваться с точки зрения допустимости и достоверности. Следовательно, соблюдение процедуры изъятия наркотических средств позволяет использовать, изъятые вещества в качестве допустимых доказательств при дальнейшем проведении расследования по уголовному делу. Изъятые вещества часто оказываются одним из основных доказательств.

Анализ судебной практики показывает, что по делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, их изъятие осуществляется в ходе:

1. Административной деятельности, направленной на пресечение административных правонарушений, в соответствии с Кодексом об административных правонарушениях Российской Федерации (далее – КоАП РФ)¹⁴.

¹⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс] : федер.закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ ред. от 24.04.2020 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа : <https://www.consultant.ru>

2. Уголовно-процессуальной деятельности, непосредственно у лица, подозреваемого в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в ходе:

- а. Оперативно-розыскной деятельности, при осуществлении личного досмотра лица;
- б. Личного обыска;
- в. Проведения освидетельствования.

2. Уголовно-процессуальной деятельности, при изъятии из жилища, помещений, зданий, сооружений, транспортных средств, и иных объектов, в ходе:

- а. Оперативно-розыскной деятельности, при осуществлении обследования помещений, зданий, сооружений и транспортных средств;
- б. Обыска
- в. Выемки
- г. Осмотра места происшествия

Перейдем к более подробному рассмотрению возможных процедур изъятия наркотических средств, а также оценке законности их применения, данной на основе анализа законодательства и судебной практики.

Выявление, предупреждение и пресечение преступлений, предусмотренных ст. 228, 228.1 УК РФ, часто осуществляется в рамках оперативно-розыскной деятельности. Указанная деятельность осуществляется с помощью оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 №144-ФЗ (далее – ФЗ «Об ОРД»)¹⁵.

Поскольку к задачам оперативно-розыскной деятельности, относятся предупреждение и пресечение преступлений, оперативные сотрудники осуществляют задержание лиц, для установление возможной причастности к совершению преступления. После задержания сотрудники должны

¹⁵ Об оперативно-розыскной деятельности [Электронный ресурс] : федер. закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

обнаружить предметы преступления, в нашем случае наркотические вещества, для установления причастности лица к совершению преступления. Следовательно, наркотические вещества будут изыматься непосредственно у лица, подозреваемого в совершении преступления.

При анализе судебной практики можно сделать вывод, что как правило, обнаружение и изъятие наркотических средств, в рамках оперативно-розыскных мероприятий, производится в ходе процедуры личного досмотра.

Личный досмотр соответствует задачам оперативно-розыскной деятельности, но возникает проблема: данная процедура не предусмотрена ФЗ «Об ОРД», на основании которого осуществляются оперативно-розыскные мероприятия, в ходе которых для предупреждения и пресечения преступлений, как раз и используется личный досмотр¹⁶. Следовательно, оперативным сотрудникам не предоставлено, право на проведение личного досмотра.

Несмотря на это, личный досмотр – распространенная процедура. Результаты ОРМ, в ходе которого производится досмотр, используются как доказательства, признаются судами допустимыми. А изъятые в ходе наркотики, как правило, являются единственным вещественным доказательством. Таким образом, представляется важным разобраться в том, на каком основании производится процедура, какой нормативно-правовой акт наделяет оперативных сотрудников правом ее проведения, являются ли доказательства, полученные в ходе нее, допустимыми.

Анализ судебной практики показал, что в обоснование законности проведения личного досмотра, в рамках ОРД, оперативные сотрудники, ссылаются на разные нормативно-правовые акты. Представляется необходимым, рассмотреть эти нормативно-правовые акты, чтобы определить

¹⁶ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кучера Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав статьями 5 - 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] : Определение Конституционного Суда РФ от 25.05.2017 № 988-О // Справочно-правовая система «Законы, кодексы, нормативные и судебные акты». – Режим доступа: <https://legalacts.ru>

законность данной процедуры и возможность дальнейшего использования полученных результатов в доказывании.

1. Федеральный закон «О наркотических средствах и психотропных веществах» от 08.01.1998 № 3-ФЗ (далее – ФЗ «О наркотических средствах»)¹⁷.

Приговором Донского городского суда, протокол личного досмотра лица, подозревающегося в приобретении и хранении наркотических веществ, был признан допустимым и достоверным доказательством, положен в основу обвинения. Вместе с тем, личный досмотр был проведен на основании ФЗ «О Наркотических веществах»¹⁸.

В отличии от ФЗ «Об ОРД» ФЗ «О наркотических средствах» предусматривает процедуру личного досмотра. Однозначно, что п. 3 ст. 48 Указанного Закона, наделяет должностных лиц органов внутренних дел, при осуществлении контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, правом производить досмотр граждан, при наличии достаточных оснований полагать, что осуществляются незаконные хранение, перевозка или пересылка наркотических средств.

В то же время, п. 1 ст. 48 Указанного ФЗ предусматривает, установление на определенных территориях специального режима контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств. Представляется, что применение п. 3 Указанной статьи невозможно, без установления режима контроля на определенных территориях, которые определяются решениями органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с настоящим Федеральным законом и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

¹⁷ О наркотических средствах и психотропных веществах [Электронный ресурс] : федер. закон от 08.01.1998 № 3-ФЗ // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

¹⁸ Приговор Донского городского суда Тульской области от 27.09.2019 г. по делу № 1-105/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Но даже если такой режим установлен, как отмечает А. А. Помелов, в соответствии с ч. 1 ст. 48 ФЗ «О наркотических средствах», его цель: предупреждение, выявление и пресечение преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в местах произрастания и культивирования наркосодержащих растений, и в местах предполагаемого осуществления незаконных перевозок наркотических средств¹⁹. Также, действия, предусмотренные ч. 3 ст. 48 Указанного ФЗ, реализуются только при осуществлении контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров. Следовательно, круг контролируемых действий ограничен, в него не входят, к примеру приобретение и сбыт.

Исходя из вышесказанного, можем сделать вывод, что личный досмотр лица, в ходе оперативно-розыскной деятельности, на основании ФЗ «О наркотических средствах» может быть проведен только в том случае, если установлен указанный административный режим, соблюдены цель и место, предусмотренные Законом, и только в отношении хранения, перевозки или пересылки наркотических средств. Если хоть одно из условий не является соблюденным, то нет права у оперативных сотрудников на проведение личного, предусмотренного ФЗ «О наркотических средствах».

Получается, что изъятие наркотических средств, при проведении личного досмотра, на основании ФЗ «О наркотических средствах», не допустимо. Предметы, полученные в ходе такого досмотра, а именно изъятые наркотические средства, не могут быть использованы как доказательства по уголовному делу.

2. Федеральный закон «О полиции» от 07.02.2011 № 3-ФЗ (далее – ФЗ «О полиции»)²⁰.

¹⁹ Помелов А. А. Некоторые вопросы обнаружения и изъятия денежных средств и иных объектов, представляющих доказательственное значение, при проведении проверочной закупки наркотических средств / А. А. Помелов // Вестник Сибирского юридического института МВД России, 2019. – № 3. – С.74.

²⁰О полиции [Электронный ресурс] : федер. закон от 07.02. 2011 № 3 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Приговором Железнодорожного военного суда г. Пензы, протокол личного досмотра, был признан допустимым доказательством вида лица, обвиняющего в совершении приобретения и хранения наркотических средств. Личный досмотр, оформленный протоколом, был произведен на основании ФЗ «О полиции»²¹.

Статьей 14 ФЗ «О полиции» действительно предусмотрено право на досмотр задержанных лиц. ФЗ «О полиции», устанавливает закрытый перечень лиц, на задержание которых полиция имеет права. В рамках данной темы нас интересует задержание лиц, подозреваемых в совершении преступления, в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законодательством. В данном случае имеется в виду задержание в порядке ст. 91,92 УПК РФ, но производства личного обыска возможно по УПК только после возбуждения уголовного дела. Следовательно, ст. 14 ФЗ «О полиции» не дает оснований проводить личный досмотр лиц, подозреваемых в совершении преступления со ссылкой на Указанный ФЗ.

Наряду с этим, статья 16 ФЗ «О полиции» предусматривает право на личный досмотр в порядке, установленном законодательством об административных правонарушениях, при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе наркотические средства. Указанный порядок, предусматривается ст. 27.7 КоАП РФ. Личный досмотр, в соответствии с этой статьей осуществляется в случае необходимости в целях обнаружения орудий совершения либо предметов административного правонарушения. Очевидно, задача предупредить и пресечь преступления, связанные с незаконным оборотом наркотических средств, не связана с целью обнаружить предметы или орудия совершения административного правонарушения, поскольку оно не совершается.

²¹ Приговор Железнодорожного районного суда г. Пензы Пензенской области от 21.05.2018 г. по делу №1-124/2018 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Следовательно, ФЗ «О полиции» не закрепляет основание на проведение личного досмотра в рамках оперативно-розыскного мероприятия, в ходе которого могут быть обнаружены или изъяты наркотические средства. Получается, что изъятие было произведено с нарушением законодательства.

3. КоАП РФ

Березовский районный суд Ханты-Мансийского автономного округа-Югра, признал допустимым протокол личного досмотра, согласно которому досмотр был произведен на основании ст. 27.7 КоАП РФ²².

Как нами ранее было отмечено, данная статья дает основание на проведение личного досмотра, в ходе которого могут быть изъяты предметы, в том числе и наркотические средства, только в случае совершения лицом административного правонарушения. Поскольку лицо не совершает преступления – в данном порядке не могут быть изъяты наркотические средства.

Распространенным является изъятие наркотиков в ходе личного досмотра, после задержания лица, якобы по подозрению в совершении административного правонарушения. Как правило, никакого административного правонарушения в действиях лица нет. В таких случаях задержание проводится за неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции, мелкое хулиганство и тому подобное. Однако, при административном задержании у сотрудников правоохранительных органов появляется 48 законных часов на задержание лица и нахождение повода и основания для возбуждения уголовного дела.

При данных условиях личный досмотр признается законным, так как осуществлен, согласно ст. 27.7 КоАП РФ, производится с целью обнаружения предметов совершения административного правонарушения, за которое лицо и было задержано.

²² Приговор Березовского районного суда Ханты-Мансийского автономного округа Югра от 5.08.2019 г. по делу №1-21/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru/>

Однако, если лицо фактически не совершает административное правонарушение, но привлекается к административной ответственности, то это, является выходом за пределы предоставленных оперативному сотруднику должностных полномочий.

Европейский суд придерживается позиции о недопустимости использования административного механизма и последующего уголовного преследования²³. В деле Идалов против РФ, заявитель был задержан по подозрению в совершении административного правонарушения, в ходе личного досмотра, у заявителя были изъяты наркотические средства. Полицейскими был составлен протокол административного задержания, согласно которому заявитель не выполнил законное требование полиции предъявить документы. Следовательно, протокол задержания был составлен не сразу, а только после досмотра и доставление в правоохранительный орган, что как нами было отмечено ранее, является недопустимым по мнению ЕСПЧ. На следующий день следователь возбудил уголовное дело в отношении заявителя по подозрению в незаконном хранении наркотиков.

ЕСПЧ, в данном решении отметил, что применение КоАП РФ при задержании по подозрению в совершении преступления нарушает порядок, который должен быть соблюден, согласно ч. 1 ст. 5 Конвенции, чтобы задержание носило законных характер.

Следовательно, если задержание носит незаконный характер, то мы не можем говорить и о законности изъятия наркотических средств, в ходе личного досмотра, после незаконного задержания. Выходит, что и это изъятие будет незаконным.

Конституционный Суд РФ также указывал в своих постановлениях, что административное задержание как мера обеспечения производства по делам об административных правонарушениях не может применяться при

²³ Постановление Европейского Суда по правам человека от 13.12.2016 г. «Идалов против Российской Федерации» жалоба № 41858/08 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

совершении преступлений, так как нарушает принципы как уголовного и уголовно - процессуального, так и административного законодательства²⁴.

Опять же, иного механизма, позволяющего обнаружить предметы непосредственно у лица, до возбуждения уголовного дела, не установлено. Поэтому оперативные сотрудники прибегают к проведению юридически несуществующей в рамках ОРМ процедуры личного досмотра.

В судебной практике к такому изъятию сложилось иное отношение.

Во многих случаях, изъятие наркотических средств, являющихся вещественным доказательством, осуществляется в рамках личного досмотра, на основании какого-либо из приведенных выше законов. По факту проведения личного досмотра составляется протокол, в котором описываются обнаруженные и изъятые предметы, предположительно – наркотические вещества.

Нами было изучено уголовное дело по обвинению Р. в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ²⁵. В материалах дела содержится «Протокол личного досмотра, досмотра вещей, находящихся при физическом лице» (Приложение 1), составленный дознавателем.

Личный досмотр проводился в отделении полиции. В составленном протоколе отмечены: время, место проведения досмотра, лицо, производящее досмотр, а также присутствие двух понятых. В качестве оснований проведения личного досмотра были приведены КоАП, «Об ОРД» и ФЗ «О полиции». В протоколе отмечено, что перед началом личного досмотра, Р. было предложено добровольно выдать запрещенные вещи. Р. заявила, что таких вещей при ней нет.

²⁴ «По делу о проверке конституционности пункта "б" части первой статьи 1 Закона Республики Мордовия от 20 января 1996 года «О временных чрезвычайных мерах по борьбе с преступностью» в связи с жалобой гражданина Р.К. Хайрова» [Электронный ресурс] : Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.1997 N 11-П // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

²⁵ Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

Затем Р. была осмотрена. Согласно протоколу, в левой чашке бюстгальтера, был обнаружен полимерный сверток, в котором находилось пять полимерных свертков с порошкообразным веществом. Далее указано, что сверток изъят и упакован в белый бумажный конверт, который опечатан печатью Дежурной части, сделана пояснительная надпись, поставлены подписи присутствующих лиц. Понятыми были поставлены подписи, без внесения замечаний. Р. от подписи протокола отказалась.

Из материалов уголовного дела ясно, что Р. была задержана на основании оперативной информации. Протокол задержания, на момент досмотра составлен не был.

Ранее нами уже было отмечено, что личный досмотр предусмотрен только КоАП РФ. Личный досмотр, в рамках оперативно-розыскной или иной процессуальной деятельности, не может производиться на основании указанных в протоколе нормативно-правовых актов (КоАП, ФЗ «Об ОРД», ФЗ «О полиции»), поскольку он ими не предусмотрен.

В соответствии со ст. 15 ФЗ «Об ОРД», в случае изъятия в ходе ОРМ, составляется протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, следовательно, протокол должен быть предусмотрен УПК РФ.

Получится, что у Р. в ходе личного досмотра изъяты наркотики, в рамках проведения оперативно-розыскных мероприятий, однако на основании норм КоАП РФ, и по итогам проведения этого досмотра, составлен протокол, предусмотренный также только КоАП РФ.

Очевидно, что изъятие у Р. наркотиков на основании КоАП РФ, ФЗ «Об ОРД», ФЗ «О Полиции», незаконно и противоречит ст.15 ФЗ «Об ОРД».

При анализе норм УПК РФ ясно, что мероприятием, предусматривающим обследование лица, его одежды и находящихся при нем вещей, с целью изъятия предметов, является только личный обыск. Однако согласно ст. 184 УПК РФ, он производится в рамках возбужденного уголовного дела.

Нам представляется, что в отношении Р. был фактически произведен личный обыск до возбуждения уголовного дела. Поскольку изученный протокол досмотра не может быть составлен в рамках изъятия в ходе ОРМ.

Здесь же следует указать, что поскольку личный досмотр был проведен с нарушением закона, он не может быть признан допустимым доказательством.

Отметим, что с момента фактического задержания до момента личного досмотра, Р. около шести часов находилась в дежурной части, под контролем сотрудников полиции, протокол задержания составлен не был. Вместе с тем, изъятие осуществлено вне места задержания.

Также, при проведении личного досмотра Р. не были разъяснены права и обязанности, которыми она обладает, а также процессуальный статус (на момент фактического задержания лицо обладает процессуальным статусом подозреваемый). Не было разъяснено право на защиту. Ранее мы отмечали, что с исходя из допустимости процедуры изъятия Европейским судом, эти моменты свидетельствуют о нарушении права на справедливое судебное разбирательство, соответственно, процедура должна быть признана недопустимой.

Протокол личного досмотра, в ходе которого изъяты наркотики у Р., был не только был признан допустимым доказательством судом первой инстанции, а наряду с этим личный досмотр признан следственным действием и протокол соответствующим УПК РФ. Хотя личный досмотр, как ранее отмечалось произведен на основании КоАП РФ, ФЗ «Об ОРД» и ФЗ «О полиции», и УПК вообще не предусматривает такого следственного действия.

Ранее мы отмечали, что изъятие в ходе личного досмотра распространено на практике. При расследовании уголовного дела, после проведения экспертизы, подтверждающей, что обнаруженные вещества являются наркотическими, возбуждается уголовное дело. Доказательством, подтверждающим вину, наряду с изъянными наркотическими средствами, признается протокол личного досмотра, в ходе которого они были изъяты.

Отметим, что суды обращают внимание не на то, на основании чего были осуществлены досмотр и последующее изъятие, а на соблюдение формального порядка проведения досмотра.

Рассматривая ходатайства о признании протокола личного досмотра, в ходе которого были изъяты наркотические средства, недопустимым ввиду того, что он был составлен на основании вышеприведенных нормативно-правовых актов, не предусматривающих право на проведение изъятия таким образом, суды определяют допустимость следующим образом.

1. Добровольность. Лицо, подозревающееся в совершении преступления, может быть подвергнуто личному досмотру только добровольно. В судебных решениях указывается, что на проведение личного досмотра, лицо дает свое согласие, о котором указывается в протоколе досмотра²⁶.

Одним из моментов, по которому можно понять, было ли лицо согласно на досмотр, является то, что лицо не оспаривает протокол на предмет достоверности содержащихся в нем сведений²⁷.

2. Личный досмотр должен быть проведен в присутствии двух совершеннолетних незаинтересованных лиц. Последним должны быть разъяснены их права, о чем делается отметка в протоколе личного досмотра, подтверждаемая их подписями²⁸.

3. Изъятые вещества, обнаруженные в ходе личного досмотра должны находиться в поле зрения досматриваемого лица до их фактического опечатывания²⁹.

²⁶Приговор Майкопского городского суда Республики Адыгея от 27.09.2019 г. по делу № 1-595/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

²⁷ Приговор Ленинского районного суда г. Владимира Владимирской области от 7.05.2019 г. по делу № 1-34/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

²⁸ Приговор Одесского районного суда Омской области от 27.09.2016 г. по делу № 1-40/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

²⁹ Приговор Красновишерского районного суда Пермского края от 12.12. 2016 г. по делу № 1-55/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

4. Личный досмотр должен быть оформлен протоколом, в котором указываются дата, время, место его составления, должность, фамилия и инициалы лица его составившего, сведения о физическом лице, подвергнутом досмотру, а также сведения о лицах, присутствующих в качестве понятых, которым разъяснили их права и обязанности, о чем свидетельствуют их подписи.

5. В протоколе должна быть подробно описана упаковка, в которую помещены изъятые вещества.

6. Протокол должен быть подписан всеми участвующими лицами.

При соблюдении вышеперечисленных условий суд признает, что порядок, установленный законом, при проведении личного досмотра, в ходе которого были изъяты наркотические средства, не нарушен. Изъятые наркотические средства, как вещественные доказательства являются допустимыми. Соответственно, протокол признается составленным согласно требованиями закона. Остается не ясным, о требованиях какого закона идет речь.

В некоторых решениях суды ссылаются на соответствие требованиям УПК РФ.

К примеру, Индустриальный районный суд г. Ижевска посчитал допустимым доказательством по делу акт личного досмотра, проведенного на основании ФЗ «Об ОРД», а также на основании УПК РФ. Согласно мнению суда, результаты, полученные в ходе оперативно – розыскного мероприятия, являются допустимыми доказательствами, поскольку получены в соответствии с требованиями Федерального закона «Об ОРД» и статьи 89 УПК РФ³⁰.

Об отсутствии в ФЗ какого-либо упоминания о праве оперативных сотрудников производить личный досмотр граждан, мы писали ранее.

³⁰ Приговор Индустриального районного суда г. Ижевска № 1-460/2015 от 3 декабря 2015 г. по делу № 1-460/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Отметим, что УПК РФ тоже не содержит такой процедуры. Следовательно, не ясно, каким образом УПК может устанавливать требования для проведения незакрепленной в нем процедуры.

Получается, что допустимость изъятия в ходе личного досмотра оценивается судами на основании формальных требований к протоколу. Представляется, что наличие основания для изъятия наркотических средств, в ходе личного досмотра, является таким же важным моментом для оценки допустимости, как и его процессуальное оформление, поскольку все должно быть проведено в строгих рамках действующего законодательства.

Представляется, ссылка на УПК РФ может привести к смешению оперативно-розыскной деятельности и следственных действий и может порождать подмены одного другим. Хотя, при проведении следственных действий, при возбужденном уголовном деле, лицо имеет больше гарантий, чем при проведении ОРМ.

Важно отметить, о том, что лицо при изъятии в ходе личного досмотра, находится в уязвимом положении, под контролем оперативных сотрудников. Необходимо понять, с какого момента у лица возникает право на квалифицированную юридическую помощь, право не свидетельствовать против себя и право хранить молчание.

Однако, в соответствии со ст. 16 УПК РФ, право на защиту, возникает у лица, с момента получения статуса подозреваемого или обвиняемого, а также, если мероприятие производится в рамках проверки сообщения о преступлении. Следовательно, лицо, подвергающееся личному досмотру, не обладает правом на защиту.

Ранее, нами было отмечено, что по мнению ЕСПЧ, данное право возникает с того момента, когда в отношении лица появляется подозрение в совершении преступления. Следовательно, по УПК РФ право на защиту появляется у лица значительно позже, по сравнению с ЕСПЧ. Поскольку предоставление права на защиту Европейский суд рассматривает в рамках справедливости судебного разбирательства, нам представляется, что

необходимо соблюдать установленный Судом момент возникновения этого права.

Наряду с этим, Конституционный Суд РФ, в Постановлении «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» от 27 июня 2000 г. N 11-П отметил, что в целях реализации права на помощь защитника необходимо учитывать не только формальное процессуальное, но и фактическое положение лица, в отношении которого осуществляется публичное уголовное преследование.

Так, в отношении В. И. Маслова, были произведены следующие следственные действия: обыск по месту жительства, опознание, допрос в качестве свидетеля, очная ставка. Маслов заявил ходатайство об обеспечении помощи адвоката. Однако, следователь разъяснил ему, что помощь адвоката может быть предоставлена только подозреваемому - с момента объявления протокола задержания или постановления о применении к нему меры пресечения в виде заключения под стражу, либо обвиняемому – с момента предъявления обвинения. Поскольку Маслов являлся свидетелем, в предоставлении помощи защитника ему было отказано.

В данном Постановлении Конституционного Суда РФ указано, что факт уголовного преследования и направленная против конкретного лица обвинительная деятельность могут подтверждаться актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, проведение 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).

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 (статья 50, часть 2, Конституции РФ)³¹.

Наряду с этим, Пленум Верховного Суда РФ, в Постановлении от 30.06.2015 N 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» указал, что правом на защиту обладают любые лица, права и свободы которых существенно затрагиваются или могут быть существенно затронуты действиями и мерами, свидетельствующими о направленной против него обвинительной деятельности, независимо от формального процессуального статуса такого лица³².

Получается, что при определении того факта, имеет ли лицо право на защиту, должен учитываться не только его формальный процессуальный статус, но и фактический. Если в отношении лица есть какое-либо подозрение в совершении преступления, и предпринимаются любые действия, направленное на его изобличение, установление причастности, это лицо, независимо от формального процессуального статуса, обладает правом на защиту. Об этом говорит и Европейский суд в своих решениях.

В любом случае, лицу должно быть доступно разъяснено право на защиту, право на отказ от защиты. Отказ от защиты должен быть явно выражен подозреваемым лицом, не должно возникать сомнений в том, что право на

³¹ 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 [Электронный ресурс] : Постановление Конституционного суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

³² О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2015 № 29 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

защиту было разъяснено. Отказ должен быть добровольным и информированным.

Нами было изучено уголовное дело, по обвинению К. в совершении преступления, предусмотренного ст. ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ³³. Согласно материалам дела, К. был задержан сотрудниками правоохранительных органов 2 мая 2020 г. в 18 часов 25 минут. Протокол задержания был составлен спустя почти сутки после задержания 3 мая 2020 г. в 14:30, все это время К. находился под контролем правоохранительных органов.

Важным моментом в этом задержании является то, что оперативные сотрудники изъяли мобильный телефон у К. и получили доступ к личной информации, в том числе к перепискам в «Телеграмм», в которых, по мнению сотрудников, подтверждается причастность К. к совершению преступления, связанного с незаконным оборотом наркотиков. Мы помним, что ст. 23 Конституции РФ предусматривает, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных отправлений. То же самое определяет и ст. 13 УПК РФ. Также, согласно приведенным нормам, данное право может быть ограничено только по решению суда. Решения суда у оперативных сотрудников не было.

После изъятия телефона и обнаружения переписок, оперативные сотрудники попросили К. написать некое заявление, подтверждающее тот факт, что он сам разрешил изъять у себя телефон

Наряду с этим, при проведении фактического задержания, К. не были разъяснено право на квалифицированную юридическую помощь, право не свидетельствовать против себя, хранить молчание. Адвокат был предоставлен К. только после оформления процессуального задержания лица (спустя сутки).

Видится, что право не предоставлять личные переписки сотрудникам правоохранительных органов, является частью права не свидетельствовать

³³ Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

против себя. Сам К. утверждает, что не знал, о наличии права не предоставлять доступ, поскольку никакие права ему не разъяснились. Очевидно, что такое изъятие телефона незаконно.

Учитывая вышеприведенные мнения ЕСПЧ, Конституционного Суда РФ, Пленума Верховного суда РФ, ясно, что К. имел право на защиту с момента фактического задержания 2 мая 2020 г. Здесь же ему должно было быть разъяснено право не свидетельствовать против себя и хранить молчание.

Отметим, что в дальнейшем при проведении оперативно-розыскных мероприятий были обнаружены наркотики, которые по мнению следствия принадлежат К. На принадлежность указывает только информация из переписок, полученная в ходе незаконного изъятия телефона. Такие доказательства явно являются недопустимыми.

Здесь важно вернуться к добровольному согласию на проведение личного досмотра. В отношении К. личный досмотр не производился, сотрудники правоохранительных органов не производили, попросили дать телефон, что стало, в сущности, свидетельствованием против себя. Что касается личного досмотра, как нами ранее отмечалось, Европейский суд, наряду с возникновением права на квалифицированную юридическую помощь, указывает о возникновении права не свидетельствовать против себя и хранить молчание.

Получается, что, давая добровольное согласие на личный досмотр, лицо свидетельствует против себя. Ввиду того, что личный досмотр не является каким-либо процессуальным действием, у лица, как мы ранее упоминали, отсутствуют любые гарантии на защиту.

Добровольное согласие на личный досмотр позволяет сотрудникам правоохранительных органов осуществить произвольные действия, направленные на изъятие наркотиков. Хотя, право не свидетельствовать против себя и хранить молчание должно быть разъяснено лицу, таким образом, чтобы оно могло «осознанно и обоснованно» предвидеть

последствия своих действий, если бы он предпочел не хранить молчание и свидетельствовать против себя.

Таким образом, представляется, что процедура личного досмотра в рамках ОРМ существует только на практике, не закрепляется законодательно. Также, она не может быть проведена принудительно, поскольку право на ее проведение оперативными сотрудниками в рамках ОРМ не предусмотрено, следовательно, и обязанность подчиниться требованию о личном досмотре, может быть не исполнена. Наркотические средства, соответственно, могут быть изъяты только добровольно, в рамках данной процедуры, с выражением согласия лица на ее проведение. Но получается, что для добровольная выдача является свидетельствованием против себя. Следовательно, перед изъятием необходимо получение отказа от права на защиту. Однако, так как данная процедура осуществляется вне правового поля, не представляются никакие гарантии соблюдения прав.

Отметим, что Европейский суд, не дает критериев допустимости изъятия в ходе личного досмотра, поскольку все, что связано с осмотром лица, одежды на нем, и извлечением каких-либо предметов, считается обыском.

Допустимость изъятия оценивается на основании добровольности, присутствии незаинтересованных лиц, формальных требований к протоколу. Вопрос о том, на какой нормативно-правовой акт ссылаться при составлении протокола остается открытым.

Самое главное, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением закона. Следовательно, если закон не закрепляет личного досмотра, но досмотр производится на его основании – это нарушение закона.

Наряду со вышесказанным, необходимо добавить, что личный досмотр является подобием личного обыска, только без предоставления процессуальных гарантий, однако, ввиду не закреплённости в законе, легализует произвольную деятельность сотрудников правоохранительных органов.

Нам представляется, что необходимо устранение пробела в законодательстве относительно изъятия наркотиков непосредственно у лица, до возбуждения уголовного дела. В литературе, как правило, предлагается два варианта устранения: предоставление права на личный досмотр оперативными сотрудниками, в рамках ФЗ «Об ОРД»³⁴, либо внесение изменений в УПК РФ, устанавливающих право на проведение личного обыска до возбуждения уголовного дела³⁵.

Судам приходится принимать в качестве доказательств причастности к совершению преступления, наркотики, изъятые в ходе несуществующего в рамках ОРМ личного досмотра. У судов нет возможности оценить в полной мере допустимость таких доказательств, поскольку фактически наркотики изъятые, было совершено преступление, но в законодательстве такого способа изъятия, в рамках ОРМ просто нет.

Таким образом, личный досмотр, изначально предусмотренный КоАП РФ для обнаружения орудий и предметов совершения правонарушения, стал частью оперативно-розыскных мероприятий, направленных на предупреждение и пресечение преступлений.

Процедура изъятия наркотиков, произведенная в рамках несуществующего в оперативно-розыскной деятельности мероприятия (личного досмотра), не закреплена в законе. Получается, что действия по изъятию наркотиков в ходе личного досмотра, осуществляются за рамками закона, следовательно, с его нарушением. Соответственно, такая процедура не может быть признана допустимой, поскольку согласно УПК РФ, полученные с нарушением закона, не могут быть признаны допустимыми. Также и с точки зрения Европейского суда, относительно права на защиту, права на свидетельствовать против себя и права хранить молчание, поскольку эти права могут быть и не предоставлены, в силу отсутствия вообще такой процедуры в

³⁴ Помелов А. А. Указ. соч. – С. 76.

³⁵ Лапатников М. В. Личный досмотр в системе уголовно-процессуальных средств доказывания: проблемы теории и практики / М. В. Лапатников // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2016. – № 2. – С. 440.

рамках оперативно-розыскной деятельности, а также узкого понимания статуса «подозреваемый».

Изъятие наркотиков в ходе личного досмотра, очень распространено на практике. Получается, что для признания такого изъятия допустимым, необходимо предоставление гарантий и разъяснение прав, которыми обладает подозреваемое лицо.

Законодательное закрепление порядка проведения и оформления личного досмотра, как процедуры, в рамках которой быть изъяты наркотики, в ходе оперативно-розыскной деятельности, должно исключить или хотя бы сократить злоупотребления со стороны правоохранительных сотрудников, в части не предоставления гарантируемых прав.

К тому же, при определении допустимости процедуры изъятия, которая достаточно полно урегулирована, будут очевидны допущенные нарушения, соответственно определение становится объективным.

Ранее нами было отмечено, что личный досмотр представляет собой «аналог» личного обыска, но без предоставления соответствующих гарантий. Необходимо опередить, существует ли возможность избежать проведения изъятия наркотиков, на основании личного досмотра.

1.3 Допустимость процедуры изъятия наркотиков в ходе личного обыска. Соотношение с процедурой изъятия наркотиков при осмотре места происшествия и освидетельствования

Нами уже было отмечено, что при проведении личного досмотра, по факту производятся действия, присущие обыску: поисковые мероприятия, направленные на обнаружение и изъятие предметов преступления.

При этом, в отличие от личного досмотра, законодательно существующего только в рамках КоАП РФ, порядок проведения личного обыска, обнаружения и изъятия в ходе него, закреплен в УПК РФ.

Несмотря на это, существуют неопределенности в толковании и применении норм, относительно порядка осуществления личного обыска, что, впоследствии, может привести к недопустимости изъятых доказательств. Чтобы избежать этого, представляется разобраться с порядком проведения личного обыска, и определить, как необходимо изъять наркотические средства, чтобы процедура изъятия была признана допустимой.

Личный обыск является следственным действием, направленным на изъятие предметов, которые могут иметь значение для уголовного дела, у лица, скрывающего эти предметы при себе. Указанное следственное осуществляется принудительно, в отличие от личного досмотра, на который требуется согласие лица и производится он в отношении подозреваемого или обвиняемого лица.

Основанием для производства обыска является наличие достаточных данных полагать, что у лица могут находиться наркотические средства. Представляется, что любые в «данные» может входить любая информация, и определение того, достаточно ли данных, крайне субъективно. Исходя из этого, возникает предположение, что затруднительно определить, были ли на самом деле основания проведения личного обыска, поэтому фактически он может быть проведен в любом случае.

Учитывая, что личный обыск ограничивает право на личную неприкосновенности, на его производство по общему правилу требуется решение суда. Исключение составляют следующие случаи проведения личного обыска: при задержании лица, 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.

В рамках данного исследования наибольший интерес представляет процедура изъятия наркотиков в ходе личного обыска при фактическом задержании лица. Это связано с тем, что, задержание лица по подозрению в совершении преступления, в большинстве случаев производится до

возбуждения уголовного дела, в связи с этим оспаривается наличие возможности произвести изъятие наркотиков в ходе личного обыска фактически задержанного лица до возбуждения уголовного дела.

Конструкция ст. 93 УПК РФ, предусматривающая, что после задержания подозреваемый может быть подвергнут личному обыску, некоторыми авторами толкуется неразрывно со ст. 91, 92, предусматривающими проведение задержания. Исходя из этого, возникает что личный обыск с последующим изъятием должен быть произведен сразу после фактического задержания.

Нам представляется это верным, поскольку изъятие должно быть проведено незамедлительно, чтобы избежать возможности сокрытия или уничтожения наркотических средств, которые в дальнейшем могут быть использованы как доказательства по уголовному делу.

Ввиду того, что фактическое задержание может произведено до возбуждения уголовного дела, в отличии от процессуального, по мнению Л.В. Головки, ст. 93 УПК РФ является специальной нормой, дающей право провести личный обыск лица, после задержания, даже если нет возбужденного уголовного дела³⁶. Наряду с этим, В. Семенцов указывает, что процедура личного обыска возможна до возбуждения уголовного дела, в случаях, не получения судебного решения, в том числе при проведении задержания³⁷.

Получается, по мнению авторов, изъятие наркотических средств в ходе личного обыска, при задержании лица, производимого до возбуждения уголовного дела, является допустимым. Наряду с этим, отпадает необходимость в изъятии в ходе личного досмотра.

Однако, учитывая, что личный обыск является следственным действием, при анализе ст. 144 УПК РФ, представляется, что его нельзя провести до возбуждения уголовного дела. Изъятие до возбуждения уголовного дела, на

³⁶ Курс уголовного процесса / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Головки. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2017. – С. 342.

³⁷ Семенцов В. А. Задержание подозреваемого в стадии возбуждения уголовного дела / А. В. Семенцов // Уголовное право. – 2010. - № 1. – С. 101.

основании УПК РФ, предусматривается только в рамках осмотра места происшествия и освидетельствования.

Исходя из этого, при задержании лица до возбуждения уголовного дела, к примеру, когда оно застигнуто на месте преступления, нельзя изъять у него наркотики в рамках личного обыска, поскольку это приведет к недопустимости процедуры.

Это подтверждается и судебной практикой. К примеру, в рамках судебного разбирательства по уголовному делу № 22-4451/2016 по обвинению лица в совершении преступления, предусмотренного по ч.3 ст. 30, п. «г» ч.4 ст. 228.1 УК РФ, рассмотренному Нижегородским Областным Судом, стороной защиты было заявлено ходатайство о признании незаконным личного обыска, в ходе которого были изъяты наркотики, на основании того, что он не может быть произведен до возбуждения уголовного дела. Суд ходатайство отклонил, отметив, что личный обыск действительно не производится до возбуждения уголовного дела. Однако в отношении О. был проведен не личный обыск, а личный досмотр, в рамках оперативно-розыскной деятельности, что является допустимым и до возбуждения уголовного дела³⁸.

Р. Я. Мамедов отмечает, что работники правоохранительных органов проводят личный обыск под видом личного досмотра, осмотра места происшествия³⁹. Р. Ш. Валиев указывает, что по данным проведенного им исследования, наряду с вышесказанным, личный обыск на практике скрывается за проведением освидетельствования, а также досмотра вещей в рамках административного задержания⁴⁰.

³⁸ Апелляционное определение Нижегородского областного суда по делу № 22-4451/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <http://oblsudnn.ru>

³⁹ Мамедов Р.Я. Личный обыск в контексте рассмотрения надлежащих способов собирания вещественных доказательств в досудебном уголовном производстве / Р. Я. Мамедов // Пробелы в российском законодательстве. – 2015. – № 3. – С. 160.

⁴⁰ Валиев Р.Ш. Личный обыск в системе способов и средств обеспечения процесса доказывания по уголовным делам : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.09 / Валиев Рафаэль Шамилович. – Саратов, 2003. – С. 3.

Обратим внимание на то, что все действия, которые подменяются личным обыском, могут производиться до возбуждения уголовного дела. Представляется, что такая подмена подтверждает факт невозможности проведения личного обыска до возбуждения уголовного дела, иначе «необходимость» в замене одного другим отсутствовала бы. Таким образом, нам представляется недопустимой процедура изъятия наркотиков в ходе личного обыска, проведенного до возбуждения уголовного дела.

При анализе судебной практики нами было отмечено, что в большинстве случаев, вопросы к допустимости личного досмотра возникают из-за предполагаемой подмены различных мероприятий, в ходе которых могут быть изъяты наркотики, личным обыском.

При изъятии наркотиков в ходе личного досмотра, осмотра места происшествия или освидетельствования, лицам, в отношении которых производится изъятие, не предоставляются гарантии, которые должны предоставляться при проведении личного обыска. В целом подмена одного следственного действия другим следственным действием или оперативно-розыскным мероприятием, должна привести к недопустимости полученных в ходе них доказательств, и недопустимости самих действий, поскольку они проведены с нарушением закона.

Ранее нами было отмечено, что чаще всего наркотики изымаются в ходе личного досмотра, который в рамках оперативно-розыскной деятельности, представляет подобие обыска, однако не является процессуальным действием, производится до возбуждения уголовного дела, не может носить принудительный характер и не обеспечивается гарантиями, предоставляемыми лицу, если оно подвергается личному обыску.

Возможность применять личный досмотр вместо личного обыска, привела к тому, что суды при оценке допустимости изъятия наркотиков в ходе личного обыска, ссылаются на то, что проведен не обыск, а досмотр.

Например, Ивановский Областной суд в своем постановлении указал, что в рамках проведения оперативно-розыскных мероприятий, сотрудникам,

предоставлено право на изъятие, и оно производится в ходе личного досмотра. Если наркотики были изъяты до возбуждения уголовного дела – это личный досмотр, а не личный обыск⁴¹.

Возможность изъятия в рамках незакрепленной законодательно процедуры досмотра, в ходе оперативно-розыскной деятельности, явно упрощает оценку допустимости изъятия наркотиков, в отличие от урегулированной процедуры личного обыска, с закрепленными гарантиями. Ввиду того, что порядка изъятия наркотиков в ходе личного досмотра, в рамках проведения оперативно-розыскных мероприятий, нет, как нами ранее отмечалось, допустимость изъятия оценивается с точки зрения правильности составления протокола относительно закона. Не подвергаются оценке основания изъятия, наличие гарантий, предоставленных лицу, в связи с подозрением в совершении преступления.

Встречаются случаи, когда после изъятия наркотиков в ходе проведения личного досмотра, может производиться и личный обыск, при проведении которого, как правило, ничего не изымается, либо изымаются личные вещи, поскольку наркотики уже были изъяты ранее⁴². Личный обыск уже не имеет смысла, представляет собой выполнение тех же действий, что и при досмотре, только в рамках следственного действия, предусмотренного УПК РФ. Вместе с тем, нет фактических оснований на проведение обыска, поскольку, ранее мы отмечали, что необходимо наличие достаточных данных полагать, что у лица находятся наркотики. Однако, ясно, что наркотики уже изъяты, и нет данных полагать, что они находятся у лица, следовательно, нет оснований на проведение личного обыска.

Получается, что при изъятии наркотиков в ходе личного досмотра, процедура личного обыска теряет смысл, хоть предоставляет значительно

⁴¹ Постановление Ивановского областного суда Ивановской области от 26 апреля 2013 г. по делу № 44У-86/13 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁴² Россинский С.Б. О некоторых проблемах личного обыска задержанного по подозрению в совершении преступления / С. Б. Россинский // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях. – 2017. – С. 289.

больше гарантий лицу, у которого изымаются наркотики, в сравнении с личным досмотром.

Что касается проведения личного обыска под видом осмотра места происшествия, то в судебной практике есть случаи, когда наркотики изымаются непосредственно у лица, в рамках осмотра места происшествия. Так, приговором Кировского районного суда г. Астрахани от 21 сентября 2015 г. по делу № 1-424/2015, гражданин был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч.2 ст.228 УК РФ. По мнению суда, одним из доказательств вины является протокол осмотра места происшествия, так как в ходе данного осмотра, непосредственно у лица были изъяты наркотические средства⁴³.

Необходимо сразу отметить, что в ходе осмотра наркотики не могут быть изъяты у человека, так как он не является объектом осмотра, к которым, согласно ст. 176 УПК РФ. Ясно, что, не имея возможности изъять наркотики в ходе личного обыска, так как не было возбуждено уголовное дело, наркотики были изъяты в ходе осмотра места происшествия. К тому же, если наркотики были выброшены лицом, и больше не находятся в его одежде либо в вещах, находящихся при нем, изъять наркотики необходимо в рамках осмотра места происшествия, а не в рамках личного обыска.

В вышеприведенном решении суда, обвиняемый утверждал, что наркотики были изъяты в ходе личного обыска, однако фактически, следователь уронил со стола изъятые непосредственно у лица наркотики, и оформил изъятие протоколом осмотра места происшествия. Отметим, что такое изъятие недопустимо.

Очевидно, что процедура изъятия наркотиков непосредственно у лица, в ходе осмотра места происшествия должна быть признана недопустимой.

⁴³ Приговор Кировского районного суда г. Астрахани Астраханской области от 21 сентября 2015 г. по делу № 1-424/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Ранее мы отмечали, что личный обыск может проводиться под видом освидетельствования. Освидетельствование представляет собой следственное действие, в ходе которого могут быть обнаружены и изъяты наркотические вещества⁴⁴.

Нам представляется, что смешение эти двух процедур возможно из-за отсутствия законодательно закрепленного перечня объектов, подлежащих осмотру, с последующим обнаружением и изъятием наркотических средств.

В ходе личного обыска наркотики могут быть изъяты на теле человека, в его одежде, обуви и находящихся при нем вещах. При проведении освидетельствования наркотики также могут быть изъяты на теле человека. Здесь речь не идет об одежде, обуви и иных вещах.

Следовательно, если при проведении освидетельствования наркотики изъяты из любого места, кроме тела – такое изъятие нельзя признать допустимым⁴⁵.

Это представляется обоснованным, поскольку освидетельствование может быть произведено до возбуждения уголовного дела, в случаях не терпящих отлагательств. Так как такие случаи не определяются законом, оцениваются субъективно, то после проведения, такого не терпящего отлагательств следственного действия, будет сложно определить, были ли на самом деле такие обстоятельства, соответственно было ли освидетельствование проведено законно, могут ли изъятые в ходе него наркотики быть признаны допустимыми. При отсутствии явных границ, при изъятии, между этими следственными действиями, существует риск подмены освидетельствования личным обыском, что приведет к нарушению прав лица и признанию процедуры изъятия недопустимой.

Важное отличие: метод обнаружения наркотиков. Согласно ст. 179 УПК РФ, освидетельствование производится для «..обнаружения следов

⁴⁴ Кузнецов В. А. Освидетельствование: де-юре и де-факто / В. А. Кузнецов, М. И. Пилякин // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – С. 96.

⁴⁵ Диденко Н. С. Процессуальные проблемы производства освидетельствования как следственного действия / Н. С. Диденко, Колбасина Е. Е. // Юристы – Правоведь. – 2017. – С. 100.

преступления...или иных свойств и признаков, имеющих значения для уголовного дела». В то время как личный обыск производится в целях обнаружения и изъятия предметов, имеющих значение для уголовного дела. Согласно мнению В. М. Корнукова, задача производства изъятия при обследовании, достигается с помощью осмотра человека, не предполагает поисковых действий, как при личном обыске⁴⁶. Нам представляется это верным, поскольку необходимость поисковых действий, для выполнения задач, предусмотренной ст. 179 УПК РФ, отсутствует.

Следовательно, если в ходе освидетельствования были совершены поисковые действия, то произошла подмены освидетельствования личным обыском, следовательно, нельзя признать такое изъятие допустимым.

При анализе судебной практики, нами было отмечено, что в большинстве случаев наркотики изымаются непосредственно у лица, до возбуждения уголовного дела, при задержании. Невозможность изъять наркотики в ходе личного обыска создала предпосылки для появления личного досмотра и изъятия наркотиков в ходе иных оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, которыми изъятие не предусмотрено до возбуждения уголовного дела или не предусмотрено вообще.

В целях устранения злоупотреблений, возникающих из-за невозможности изъять наркотики в рамках личного обыска до возбуждения уголовного дела, следует согласиться с мнением Р. Ш. Валиева, который предлагает разрешить проведение личного обыска в исключительных случаях, не терпящих отлагательства, до возбуждения уголовного дела⁴⁷. Однако, обстоятельства, не терпящие отлагательств – категория оценочная, в дальнейшем трудно определить, были ли они, или же это нарушение прав лица и обыск произведен без оснований.

⁴⁶ Корнуков В.М. Личный обыск и его роль в уголовно-процессуальном доказывании [Электронный ресурс] / Корнуков В.М., Валиев Р.Ш. – Режим доступа. <https://www.lawmix.ru>

⁴⁷ Валиев Р.Ш. Указ. соч. – С. 7-8.

Нам представляется, что исключение должно составлять только задержание лица, поскольку личный обыск должно производиться незамедлительно, особенно в момент фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления, связанного с незаконным оборотом наркотиков⁴⁸. Промедление может привести к сокрытию наркотических средств, невозможности их изъятия.

Получается, что процедура изъятия, произведенная в ходе личного обыска, будет признана допустимой, если:

1. Изъятие производится в рамках возбужденного уголовного дела;
2. Изъятие в ходе проведения личного обыска не является добровольным. Согласия лица на изъятие не требуется;
3. Изъятие осуществляется в ходе личного обыска, на производство которого есть судебное решение. Либо это исключение, в которых, согласно УПК РФ, есть возможность обыска без судебного решения;
4. Лицо, в отношении которого производится изъятие, должно обладать статусом подозреваемого или обвиняемого;
5. Обыску подвергается тело, одежда, обувь, личные вещи, находящиеся при лице, в отношении которого осуществляется это следственное действие;
6. Протокол должен быть составлен в соответствии со ст. 166 УПК РФ.

Нам представляется, что личный обыск носит неотложный характер. Если возвращаться к задержанию, то ясно, что после него, необходимо изъять наркотики у лица, пресечь совершение преступления и предупредить совершение нового. Неотложность этого следственного действия ограничивается невозможностью проведения до возбуждения уголовного дела. На практике это приводит к тому, что наркотики изымаются непосредственно у лица в ходе иных оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий.

⁴⁸ Вершинина С. И. О юридической природе, понятии и системе уголовно-процессуального принуждения / С. И. Вершинина // Журнал российского права. – 2016. – С. 92.

Неоднократно высказывалось мнение о том, что процедура личного обыска потеряла свой практический смысл с появлением личного досмотра. При задержании лица производится личный досмотр, в ходе которого изымаются наркотики. На практике такая процедура изъятия признается допустимой, это было отмечено нами ранее⁴⁹. Получается, что после изъятия наркотиков в ходе проведения личного досмотра, возбуждается уголовное дело, и может быть произведен еще и личный обыск. Однако, если ли смысл его проводить, если наркотики уже были изъяты?

Очевидно, что изъятие наркотиков при производстве личного обыска дает гарантии защиты прав обыскиваемого лица: к моменту обыска уже есть статус подозреваемого, соответственно и право на защиту, право не свидетельствовать против себя и хранить молчание. Всего этого не хватает при проведении личного досмотра.

Здесь необходимо отметить, что оценить допустимость процедуры изъятия наркотиков в ходе личного обыска судам значительно проще, чем процедуры изъятия в ходе личного досмотра. Это объясняется тем, что порядок проведения обыска достаточно урегулирован нормами УПК РФ, нарушение которых, при проведении изъятия, очевидно приведет к недопустимости. Оценка допустимости личного досмотра затрудняется, ввиду отсутствия закрепления в рамках оперативно-розыскной деятельности вообще.

Получается, что в рамках задержания лица, процедура изъятия наркотиков, в ходе личного обыска, не может быть признана допустимой. Однако, закрепление права проведения личного обыска до возбуждения уголовного дела, в случае задержания, позволит перестать применять административно-правовые механизмы, а также отпадет «необходимость» в подмене обыска осмотром.

⁴⁹ Россинский С. Б. Что такое личный обыск при задержании подозреваемого: следственное действие, непроцессуальное мероприятие или пустая формальность? / С. Б. Россинский // Судебная власть и уголовный процесс. – 2017. – С. 83.

Глава 2. Допустимость процедур изъятия наркотиков из жилища, задний, сооружения и иных объектов

2.1 Процедура изъятия при проведении негласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. Соотношение процедуры изъятия при обследовании и обыске

Изъятие наркотических средств не всегда производится непосредственно у лица, совершающего преступление, связанное с незаконным их оборотом. На практике распространены случаи, когда изъятие производится в иных местах, например, в помещениях или транспортных средствах.

Такое изъятие, если оно производится до возбуждения уголовного дела, нередко осуществляется в рамках оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (далее – обследование), предусмотренного ФЗ «ОБ ОРД». Порядок проведения данного ОРМ, урегулирован Инструкцией «О порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств», утвержденной Приказом МВД России (далее – Инструкция о порядке проведения обследования)⁵⁰.

Обследование может быть гласным и негласным мероприятием. Негласным оно считается, если нет согласия лица на его проведение и

⁵⁰ Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел РФ и гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств [Электронный ресурс] : Приказ Министерства внутренних дел РФ от 01.04.2014 г. № 199 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

предприняты какие-либо меры к сокрытию факта, что ОРМ будет произведено, например, это внезапность проведения⁵¹.

Наибольший интерес, в рамках нашего исследования, представляет изъятие наркотических средств в ходе проведения негласного обследования, которое, как правило, проводится в жилом помещении, и на его проведение требуется судебное решение. Негласное обследование не регулируется Инструкцией о порядке проведения обследования, следовательно, не ясен порядок его проведения, а также то, на основании чего производится изъятие наркотиков.

На практике, распространены случаи, когда в ходе поисковых мероприятий, при проведении негласного обследования жилища, обнаруживаются и изымаются наркотические средства.

Разделяются мнения относительно действий, которые имеют право совершать оперативные сотрудники в ходе проведения обследования:

1. При обследовании могут производиться любые поисковые мероприятия, направленные на обнаружение наркотических средств, с последующим изъятием;

2. При обследовании может быть произведен только визуальный осмотр, не предполагается проведение поисковых мероприятий. Изъятие осуществляется только в определенных законом случаях.

К примеру, Бакланов Л. А. указывает, что обследование представляет собой оперативно-розыскное мероприятие, в ходе которого осматриваются объекты, с целью обнаружения и исследования (изучения) следов преступления, орудий совершения преступления, иных предметов, веществ или документов, вероятно имеющих отношение к совершению преступления, с возможностью изъятия⁵². Следовательно, обследование, по мнению автора,

⁵¹ Шашин Д. Г. Проблемы изъятия предметов, веществ и документов при проведении обследования жилых помещений оперативными подразделениями по контролю за оборотом наркотиков органов внутренних дел / Д. Г. Шашин // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2018. – 2. – С. 55-56.

⁵² Бакланов Л.А. Проведение, документальное оформление и использование результатов гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств: учебное пособие

является поисковым мероприятием, в ходе которого могут быть изъяты наркотики.

В судебной практике данное мнение также имеет место. К примеру, Постановлением Центрального районного суда отмечается, что обследование проводится в целях отыскания и обнаружения предметов, имеющих значение для уголовного дела, а доводы о том, что мероприятие представляет собой только визуальный осмотр не основаны на законе⁵³.

Напротив, Железняк Н. С., отмечает, что ни ФЗ «Об ОРД», ни Инструкция о порядке проведения обследования не предусматривают возможность вскрытия помещений, либо находящихся в них закрытых объектов для обнаружения предметов, подлежащих изъятию, то есть не предусматривают проведение мероприятий, направленных на поиск⁵⁴.

Наряду с этим, по мнению А. В. Чуркина, изъятие в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий может быть только в строго определенных случаях⁵⁵.

Речь идет о ст. 15 ФЗ «Об ОРД», которая предусматривает право изымать документы, предметы, материалы и сообщения при проведении гласных и негласных мероприятий, а также прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

/ под ред. А.М. Шукина. – Тюмень: Тюменский институт повышения квалификации сотрудников МВД России, 2015. – С. 7

⁵³ Постановление Центрального районного суда г. Красноярск от 15.06.2017 г. по делу № 3/10—121/2017. Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

⁵⁴ Железняк Н. С. Обследование и обыск - единство или борьба противоположностей? / Н. С. Железняк, Ю. В. Леонтьева // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2019. – № 3. – С. 28.

⁵⁵ Чуркин А.В. Вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Комментарий судебной практики. / под ред. К.Б. Ярошенко. – Москва: Юридическая литература, 2005. – С. 240.

При анализе судебной практики было установлено, что суды, ссылаются на ст. 15 в обоснование законности изъятия наркотиков при проведении оперативно-розыскного мероприятия обследование⁵⁶.

Однако, из-за формулировки данной статьи неясно: оперативные сотрудники могут изымать наркотики при проведении любых ОРМ, или только в случае непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации?

Как на практике, так и в литературе мнения разделились. К примеру, А.С. Малахов указывает, что изъятие наркотиков является неотъемлемой частью оперативно-розыскного мероприятия, и не обращает в своих работах внимание на указанную формулировку, подразумевая, что ст. 15 ФЗ «Об ОРД» дает право на изъятие при любых ОРМ, предусмотренных законом⁵⁷. Д. Г. Шашин указывает, что при проведении обследования, в том числе в жилом помещении, нет основания признавать его недопустимыми, так как право на изъятие установлено ст. 15 ФЗ «Об ОРД»⁵⁸.

Нам представляется, что в ходе обследования должен осуществляться только визуальный осмотр. Это объясняется наличием разрешительного типа правового регулирования, о котором говорит Верховный суд РФ: «в сфере публичного права разрешено только то, на что имеется прямое указание в законе»⁵⁹.

Ввиду того, что поисковые мероприятия не предусмотрены напрямую при проведении обследования, представляется, что должен проводиться только осмотр.

⁵⁶ Приговор Ясенского районного суда Оренбургской области от 16.07.2019 г. по делу № 1-50/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁵⁷ Малахов А. С Правовое регулирование гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств / А. С. Малахов // Вестник Воронежского института МВД России. – 2019. – № 1. – С. 171.

⁵⁸ Шашин Д. Г. Указ. соч. – С. 56-57.

⁵⁹ Определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда РФ от 11.04.2017 № 211-КГ16-32 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.

То же самое можно сказать и об изъятии в ходе проведения негласного обследования. Так как на него не распространяется Инструкция о порядке проведения обследования, а ст. 15 ФЗ «Об ОРД» прямо не предусматривает возможность изъятия наркотиков в ходе проведения любых ОРМ, вне ситуаций, указанных в данной статье.

Важно отметить, что Европейский суд, в своем решении по делу «Аванесян против РФ» указал, что необходимо конкретизировать предмет поиска, то есть те предметы, которые могут быть изъяты⁶⁰.

ЕСПЧ устанавливает конкретизацию предмета как условие допустимости изъятия. Представляется, что такая конкретизация невозможна в ходе обследования, а предоставление права изъятия расширяет полномочия сотрудников даже по сравнению с полномочиями при проведении обыска, который ограничен конкретными предметами.

Исходя из анализа ФЗ «Об ОРД» и Инструкции о порядке проведения обследования, можно предположить, представляет собой только осмотр, в ходе которого изучается обстановка, без нарушения целостности предметов.

Это обоснованно, и ввиду того, что для проведения изъятия наркотических средств, для поиска и получения доступа во все необходимые места, существует такое следственное действие как обыск. В ходе проведения его могут быть изъяты наркотические средства, для их обнаружения осуществляются поисковые мероприятия.

Несмотря на это, разрешительный метод регулирования и критерии допустимости изъятия, данные ЕСПЧ, не всегда применяются при расследовании и рассмотрении дел, связанных с незаконным оборотом наркотиков.

Вопросы, относительно границ обследования, как и границ любого другого оперативно-розыскного мероприятия, возникают ввиду

⁶⁰ Постановление Европейского Суда по правам человека от 18.09.2014 г. «Аванесян против Российской Федерации» жалоба № 41152/06 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

ненадлежащей реализации принципа «разрешено то, что прямо предусмотрено законом...»⁶¹. Ввиду отсутствия прямых указаний на то, что к примеру, при обследовании может быть проведен только внешний осмотр, формально, при проведении поисковых мероприятий, прямо не нарушается закон, ведь такого положения нет. Но при применении разрешительного метода регулирования ясно, что, если право на поиск не дано, значит мероприятие производится с нарушением требований закона.

В связи с отсутствием детального правового регулирования, мы предлагаем рассматривать обследование в неразрывной связи с принципом «разрешено то, что прямо предусмотрено законом».

Напомним, что в судебной практике признается допустимым изъятие наркотических средств, обнаруженных в результате поисковых мероприятий, в ходе проведения обследования.

Здесь же на практике возникает проблема. Анализ судебных решений показал, что при производстве обыска и обследования, явно выражаются их сходства между собой. Нередки случаи подмены одного мероприятия другим. Как правило, это является способом проведения изъятия наркотиков в рамках обследования.

Обыск является следственным действием, предусмотренным ст. 182 УПК РФ, направленным на поиск и изъятие средств совершения преступления, которые могут иметь значение для уголовного дела. Обыск включает в себя поисковые мероприятия, в ходе которых могут вскрываться любые помещения, если владелец отказывается открыть их добровольно, а также может нарушаться целостность предметов, если это необходимо. Найденные в ходе обыска наркотики изымаются принудительно, с составлением протокола на основании УПК РФ.

⁶¹ Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2009 г. по делу № А78-3368/2009 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Гарант». – Режим доступа: <https://www.garant.ru>

Обыск может производиться только после возбуждения уголовного дела, а на обыск в жилище требуется судебное решение.

В ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия обследование, изымаются наркотические средства, которые, в последствие, становятся доказательствами по уголовному делу, как и в ходе обыска. В рамках проведения обоих мероприятий имеют место поисковые действия, направленные на обнаружение наркотиков.

При оценке допустимости процедуры изъятия мы должны исходить здесь из допустимости мероприятия, в ходе которого будут изъяты наркотики. Несоблюдение порядка проведения оперативно-розыскного мероприятия или следственного действия, ведет к признанию этого мероприятия недопустимыми, и как следствие, признанию недопустимым доказательством изъятые наркотики. Следовательно, подмена обследования обыском, будет признаваться нарушением закона, и влечь за собой недопустимость изъятия.

На незаконность подмены указывает и Конституционный Суд РФ, отмечая, что оперативно-розыскные мероприятия и следственные действия совершаются в различных правовых режимах и имеют самостоятельные правовые основы. Оперативно-розыскная деятельность и проводимые в ходе ее осуществления соответствующие оперативно-розыскные мероприятия не подменяют процессуальные действия. Оперативно-розыскные мероприятия также направлены на борьбу с преступностью, осуществляются именно в целях защиты личности, общества и государства от преступных посягательств⁶².

Исходя из этого, чтобы не допустить подмену оперативно-розыскного мероприятия следственным действием, защитить права лиц, в отношении которых производятся эти действия, и обеспечить допустимость изъятых наркотических средств, как вещественных доказательств, необходимо

⁶² По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] : Определение КС РФ от 4.02.1999 г. № 18-О // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

установить, как и на основании чего изымаются наркотические средства в ходе обеих процедур, разграничить между собой два указанных выше действия.

Анализ практики показывает, что проблема подмены возникает из-за отсутствия законодательно установленных рамок негласного обследования, проведенного без согласия лица. Складываются ситуации, в которых при обследовании вскрываются запертые помещения, шкафы и иные предметы для обнаружения наркотиков, нарушается целостность вещей, в которых, по мнению оперативных сотрудников могут быть спрятаны вещества. Обследование производится без согласия проживающих лиц. Затем, когда эти вещества обнаруживаются, они изымаются на основании УПК РФ, становятся, как правило, основным доказательством по уголовному делу. Здесь возникает вопрос, чем обследование тогда отличается от обыска? Как и на основании чего нужно изымать наркотические средства, в ходе обследования, чтобы процедура изъятия была признана допустимой?

При изучении судебных решений, нами было установлено, что при оценке допустимости процедуры изъятия наркотиков, осуществленной в ходе оперативно-розыскного мероприятия обследование, складывается различная практика.

Наименьшая часть судебных решений, изученных нами, содержит отмену приговора, в связи с существенным нарушением уголовно-процессуального закона и возвращение на новое судебное разбирательство или оправдательный приговор ввиду того, что в основу обвинения положены недопустимые доказательства, полученные в ходе обследования.

К примеру, Волжским городским судом, было рассмотрено уголовное дело по обвинению К. и Я. в покушении на сбыт наркотических средств, совершенном группой лиц по предварительному сговору. В квартирах каждого из подсудимых, было проведено оперативно-розыскное мероприятие, а именно обследование жилого помещения, в ходе каждого из которых были изъяты наркотические средства. Уголовные дела же в отношении этих лиц

возбуждены не были, и согласия на обследование получено не было ни от одного из них.

По другому уголовному делу, рассмотренному Промышленным районным судом г. Смоленска, у подсудимого А. в квартире было проведено оперативно-розыскное мероприятие обследование, в ходе которого были также изъяты наркотические средства. Согласия на обследование ни он, ни его мама, проживающая в этой квартире, не давали⁶³.

Суды в приведенных, и других решениях, при признании недопустимым самого обследования, и как следствие, изъятых в ходе него наркотиков, обосновывают это следующим образом.

Обследование жилого помещения осуществляется негласно в целях обнаружения предметов, документов, получения информации, необходимой для решения задач оперативно-розыскной деятельности, которое не может быть направлено на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу⁶⁴.

Однако, обследование не может подменять уголовно-процессуальные действия, предусмотренные ст. 182, 183 УПК РФ, направленные на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу.

Отсюда можно сделать вывод, что изъятие наркотиков в рамках негласного обследования жилого помещения, до возбуждения уголовного дела, без согласия проживающих лиц, производится с нарушением закона. ОРМ в таком случае признается недопустимым, как и наркотики, изъятые в ходе него. При таком изъятии фактически производится обыск до возбуждения уголовного дела, что является нарушением УПК РФ.

⁶³ Приговор Промышленного районного суда г. Смоленска Смоленской области от 11.02.2015 г. по делу № 1-16/2014 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁶⁴ Приговор Волжского городского суда Республики Марий Эл от 04.02.2016 г. по делу № 1-290/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

К тому же, в решениях указывается, не что допускается принудительное осуществление каких-либо действий по отысканию и изъятию наркотиков, вопреки согласию владельцев.

Эту позицию, также высказывал Верховный Суд РФ, указывая, что если в ходе негласного оперативно-розыскного мероприятия, до возбуждения уголовного дела, были обнаружены и изъяты наркотики, то фактически проведен обыск, с нарушением требований УПК РФ.

Также, по мнению Суда, обследование является одним из оперативно-розыскных мероприятий, проводимых для решения задач, предусмотренных ст. 2 Федерального закона. По смыслу указанных норм в их взаимосвязи со ст. 9 Федерального закона, данное оперативно-розыскное мероприятие осуществляется негласно и не может быть направлено на обнаружение и изъятие доказательств по уголовному делу.

Следовательно, доказательства, полученные в ходе мероприятия, не соответствующего требованиям закона, признаются недопустимыми и не могут использоваться при дальнейшем расследовании уголовного дела⁶⁵.

Таким образом, в отличие от обыска, обследование жилого помещения, не предполагает доступа в любые помещения в жилище, если владелец отказывается добровольно их открыть. Сотрудники, производящие обследование, не вправе обязывать лицо предоставлять доступ. Также не допускается и изъятие наркотических средств в ходе обследования проведенного, без согласия лица.

Наркотики, изъятые таким способом, признаются, наряду с самим обследованием недопустимыми доказательствами. При отсутствии иных обстоятельств, подтверждающих вину, суд выносит оправдательный приговор, либо направляет дело на новое разбирательство.

⁶⁵ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9.01.2013 г. по делу № 45-012-77 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Считаем необходимым отметить, что по смыслу Инструкции о порядке проведения обследования, ФЗ «Об ОРД» и анализа судебной практики, проведение обследования жилища, с согласия проживающего в нем лица, не обязывает сотрудников получать судебное решение на его проведение. По сути, мероприятие становится гласным.

Это объясняется тем, что ст. 25 Конституции РФ предусматривает отсутствие у кого-либо права на проникновение в жилище против воли проживающих в нем лиц без судебного решения. Следовательно, если есть воля лица на проведение обследования, то и нет необходимость в судебном решении.

Этот представляется момент угрозой нарушения прав лица. Ранее нами было установлено, что пределы проведения обследования жилого помещения не установлены законодательно, следовательно, лицо, в помещении которого должно производиться обследование, может не понимать значения этой процедуры и возможных последствий согласия.

Исходя из этого, лицо, в жилище которого осуществляется обследование, может не знать своих прав и обязанностей при проведении ОРМ, а также полномочий сотрудников правоохранительных органов, что может привести к злоупотреблению с их стороны.

На наш взгляд, обследование в жилом помещении, без разрешения суда, даже при наличии согласия лица, может производиться только после разъяснения лицу права на защиту, права не свидетельствовать против себя и хранить молчание.

Предоставление права на защиту может обеспечить контроль извне за проведением обследования, при этом обеспечить соблюдение прав и обязанностей лица, в жилом помещении которого производится ОРМ. При обеспечении права на защиту могут отпадать опасения относительно оказываемого со стороны правоохранительных сотрудников давления, при получении согласия, поскольку лицо будет осознавать юридическую сторону обследования и все возможные последствия согласия на его поведение.

Наряду с этим, лицо будет понимать, какие действия он обязан и не обязан совершать при обследовании, а также, какие действия выходят за рамки прав, предоставленных сотрудникам правоохранительных органов.

Согласие на обследование, без разъяснения указанных прав, на наш взгляд, может восприниматься как свидетельствование против себя, поскольку лицо добровольно разрешает сотрудникам осмотреть помещение, возможно, не понимая последствий.

Нам представляется, что как при наличии согласия на обследование, так и при его отсутствии, когда обследование производится на основании судебного решения, должны быть разъяснены право на защиту, право не свидетельствовать против себя и хранить молчание.

Получается, что обследование, в отличии от обыска:

1. Может быть произведено без судебного решения с согласия проживающих лиц;

2. Направлено на визуальный осмотр помещения;

3. При буквальном толковании ст. 15 ФЗ «Об ОРД» изъятие в ходе обследования может быть произведено, только в определенных статьей случаях;

4. Не вскрываются принудительно помещения и иные объекты, не нарушается целостность предметов;

5. Сотрудники, производящие обследования, не могут требовать у лиц предоставления доступа к помещениям или иным объектам, которые могут быть местами хранения наркотиков.

Наряду с этим, основная часть изученных судебных решений предусматривает различные механизмы признания изъятия наркотиков допустимым доказательством.

К примеру, в Апелляционном определении Свердловского областного суда, было отмечено, что в апелляционной жалобе в интересах осужденного Т., адвокат полагает, что акт обследования жилища является недопустимым доказательством, в то же время, у Т. на основании данного акта изъяты

наркотики. Адвокат отмечает, что это ОРМ является негласным и не может использоваться для изъятия доказательств по уголовному делу, фактически проведен обыск. Судебное решение на проведение обследования отсутствовало, запись о нем внесена в протокол обследования позже⁶⁶.

Суд указал, что нарушений при проведении обследования допущено не было, поскольку имелось судебное решение, обследование проведено с участием проживающих лиц, а также понятых.

Часто суды оценивают доводы защиты относительно недопустимости процедуры изъятия, на основании формальных правил проведения обследования. Без оценки наличия смешения процедур:

1. Есть решение суда (при отсутствии согласия на обследование);
2. Изъятие произведено в присутствии двух понятых и лица, в помещении которого производится обследование;
3. По окончании составлен акт обследования помещения, который подписан участвующими в обследовании лицами;
4. Изъятые наркотики были при всех упакованы и опечатаны;
5. В ходе проведения обследования участникам разъяснены права и обязанности⁶⁷.

Не ясно, почему лица, присутствующие при обследовании называются понятыми, и как им могут быть разъяснены права и обязанности, предусмотренные УПК РФ, при проведении оперативно-розыскного мероприятия, на основании ФЗ «Об ОРД».

Здесь же отметим еще раз, что Инструкция о порядке обследования не распространяется на жилые помещения, а ФЗ «Об ОРД» не предусматривает обязательное участие понятых при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

⁶⁶ Приговор Свердловского областного суда от 28.11.2014 г. по делу № 22-9973/2014 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁶⁷ Приговор Железнодорожного районного суда г. Самара Самарской области от 22.09.2019 г. по делу № 1-184/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Таким образом, очевидно, что в подобных решениях допустимость изъятия оценивается строго соблюдением формальностей, без анализа того, могут ли быть вообще в рамках данного ОРМ изъяты наркотики.

Отметим, что Европейский Суд в своих решениях не выделяет отдельно критерии допустимости обследования, обыска и каких-либо иных процедур. Ко всем процедурам, связанным с ограничением права на жилище, применяются критерии допустимости обыска:

1. В действиях оперативных сотрудников, которые обращались за разрешением на проведение процедуры, а затем ее проводили, должна отсутствовать недобросовестность и намерение нарушить какие-либо формальные правила.

Представляется, что при подмене обследования обыском, оперативные сотрудники не могут не осознавать того, что действуют недобросовестно и нарушают формальные правила.

2. Заявитель должен иметь реальную возможность оспорить использование подобных доказательств, высказать сомнение относительно достоверности.

Даже при предоставлении возможности, если лицо было согласно на обследование, либо не возражало в ходе него, не внесло никаких отметок в протокол, как правило, такие возражения воспринимаются судами как форма защиты.

3. Суды должны всесторонне исследовать подобные возражения и разъяснять в судебном акте, почему оно было принято или отклонено.

Судами исследуются возражения относительно допустимости изъятия при проведении обследования, на основании следующих критериев формальных критериев допустимости: составлен протокол, подписан надлежащими лицами, изъятие проведено в присутствии лица и т.д. При этом не анализируется сама возможность проведения изъятия, а также не производится сравнения обыска и обследования, для установления того, в ходе чего на самом деле изъяты наркотики.

4. Необходимо также, чтобы, общественный интерес, заключающийся в расследовании преступления, в каждом случае был сопоставленным с интересами лица. Нам представляется, что интерес конкретного лица не соотносится с общественным интересом, поскольку даже процедура не подвергается должной оценке.

Таким образом, явно видно, что процедура изъятия наркотиков при негласном обследовании не может быть признана допустимой, с точки зрения ЕСПЧ.

Проанализированные судебные решения подтверждают в большем объеме подтверждают, то, что при оценке допустимости процедуры изъятия наркотиков при негласном обследовании, суды не применяют одни и те же критерии, как Европейский Суд. Это может быть обосновано тем, что порядок изъятия в ходе негласного обследования не урегулирован, само право на изъятие не закреплено в явном виде, но наркотики были изъяты и их наличие подтверждает виновность в совершении преступления.

Здесь возникает проблема в соотношении интереса общества и государства с интересом отдельной личности. Очевидно, что в РФ перевес идет в сторону общества и государства, в значительной степени, поскольку даже явные нарушения процедур, ввиду их неполного урегулирования и различного толкования норм, не часто влияют на допустимость доказательств.

На наш взгляд, если бы допустимость изъятия в ходе обследования, оценивалась на основании вышеприведенных критериев оценки, данных ЕСПЧ, было бы яснее, является ли оно допустимым. В решениях суда видна только формальная оценка процедуры, которая не имеет детального урегулирования. Все это выглядит как попытка придать законность оперативно-розыскным мероприятиям и следственным действиям, проведенным с нарушением норм права.

Очевидно, что следственные действия дают широкий круг полномочий, в отличие от оперативно-розыскных мероприятий, а подмена расширяет в значительной степени полномочия оперативных сотрудников.

Процедура получения разрешения на проведение ОРМ, проще, чем на проведение следственных действий, к тому же, может осуществляться до возбуждения уголовного дела⁶⁸. При проведении оперативно-розыскных мероприятий отсутствует какой-либо сторонний контроль, незаинтересованных субъектов, об этом неоднократно отмечалось в решениях ЕСПЧ⁶⁹, что способствует превышению данных полномочий. Наряду с этим, значительные пробелы в правовом регулировании оперативно-розыскной деятельности: не закреплена процедура изъятия, не урегулированы основания составления протокола ОРМ, различное толкование закона, ввиду обособленностей формулировок и т.д. Однако тогда уменьшаются гарантии, предоставленные лицу, в помещении которого производится обследование. При отсутствии процессуального статуса лицо не обладает правом на защиту, следовательно, соблюдение его прав находится под угрозой злоупотреблений. Вряд ли в таком случае можно говорить о защите личности, которая должна предоставляться при проведении оперативно-розыскных мероприятий, по мнению КС РФ.

Проанализированные судебные решения в большом объеме подтверждают, что случаи подмены постоянно происходят на практике. При этом не всегда доказательства признаются недопустимыми, что является прямым нарушением прав.

Нам представляется необходимым уточнить формулировку в ст. 15 ФЗ «Об ОРД» относительно права на изъятие при проведении ОРМ, а именно определить могут ли оперативные сотрудники изымать в любом случае или же только в перечисленных случаях. Также установить, на основании чего составляется протокол изъятия, какие права и обязанности разъясняются

⁶⁸ Шипунова О. В. Особенности проведения осмотра жилища как места происшествия при проверке сообщения о преступлении / О. В. Шипунова // Концепт. – 2014. – № 29. – С. 2-3.

⁶⁹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 26.10.2006 г. «Худобин против Российской Федерации» жалоба № 59696/00 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

незаинтересованным лицам, присутствующим при проведении ОРМ. Наряду с этим, обеспечить своевременное право на защиту.

Следующая процедура изъятия при обследовании нам представляется допустимой:

1. До начала проведения оперативно-розыскного мероприятия, с момента возникновения подозрения, что в жилом помещении лица, находятся наркотические средства, как с согласия лица на осмотр, так и при его отсутствии, ему разъясняется право на защиту, право не свидетельствовать против себя и хранить молчание. Адвокат может присутствовать при проведении обследования, разъяснив лицу его права, обязанности, последствия дачи согласия на обследование.

2. По возможности при проведении обследования должна обеспечиваться аудио- и видео фиксации для того, чтобы положения, закрепленные в протоколе обследования могли быть подтверждены иными источниками. Представляется, что использование технических средств, может уменьшить вероятность нарушения прав лица, в помещении которого производится обследование.

3. В рамках обследования должны быть проведены только мероприятия, направленные на визуальный осмотр, не предусматривающие поиск.

4. Нельзя принудить лицо открывать запертые помещения или иные объекты, в которых, по мнению оперативных сотрудников, могут быть наркотические средства. Любое такое принуждение незаконно.

5. Должен быть составлен протокол, с соблюдением требований УПК РФ. Нам представляется, что составление протокола на основании УПК РФ, при проведении оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ФЗ «Об ОРД» тоже способствуют смешению процедур и не дают должным образом оценить допустимость. Однако, в рамках действующего законодательства, иных требований к протоколу, составляемому при проведении ОРМ не установлено.

6. Наркотики не могут быть изъяты в ходе такой процедуры, так как Инструкция о порядке проведения обследования не распространяется на негласные обследования, а ФЗ «Об ОРД», как нами было отмечено ранее, не закрепляет такого права в данном случае за оперативными сотрудниками.

Рассматривая процедуру изъятия наркотиков в ходе проведения обследования, с учетом применения принципа «разрешено то, что прямо предусмотрено законом», ясно, что в ходе обследования не могут осуществляться поисковые мероприятия, не могут быть изъяты наркотики. Ранее мы отмечали невозможность реализации данного принципа должным образом.

Ввиду общественной опасности рассматриваемой категории преступлений, интересы общества, как мы ранее отмечали, ставятся в большинстве случаев выше интересов отдельно взятой личности. Отсутствие детального урегулирования порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий влечет собой наличие злоупотреблений и расширительное толкование прав, предоставляемых сотрудникам⁷⁰. Также и суды вынуждены признавать допустимыми процедуры изъятия, проведенные с нарушениями, ввиду расширительного толкования норм.

При действующем законодательстве и сложившейся судебной практике, на наш взгляд, право на изъятие наркотиков при проведении обследования может быть предоставлено оперативным сотрудникам только наряду с предоставлением права на защиту лицу, в помещении которого производится обследование. Иначе, с учетом вышеуказанного, лицо находится в слишком уязвимом положении.

Проанализированные выше способы изъятия наркотиков, осуществленные при подмене оперативно-розыскного мероприятия следственным действием, либо не подвергшиеся полной оценке

⁷⁰ Кузьмин Н.Т. О возможности проведения гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» в жилище граждан [Электронный ресурс] / Н. Т. Кузьмин // Научно-практический электронный журнал Аллея Науки. – 2018. – №9. – Режим доступа: <https://www.alley-science.ru>

допустимости, в том числе предлагаемой ЕСПЧ, не могут быть признаны допустимыми.

2.2 Допустимость процедуры изъятия наркотических средств в рамках осмотра места происшествия

Осмотр места происшествия осуществляется в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Осмотр может быть проведен до возбуждения уголовного дела.

Изъятие в рамках следственного действия осмотр места происшествия, урегулировано УПК РФ. На практике, возникают проблемы, при оценке допустимости изъятия наркотиков, в ходе проведение указанного следственного действия.

Первое, на что необходимо обратить внимание – место изъятия наркотиков, по ст. 176-177 УПК РФ, должно являться именно местом происшествия. К примеру, если сотрудники правоохранительных органов задержали лицо, подозревающееся в совершении преступления, связанного с незаконным оборотом наркотиков, оно доставляется в отдел полиции, о чем сообщается следователю. Следователь, соответственно изымает наркотики у лица, в рамках права на изъятие до возбуждения уголовного дела, данного ст. 176-177 УПК РФ. Однако тут не учитывается, что отдел полиции не является местом происшествия, следовательно, изымать наркотики на этом основании нельзя. Получается, что такой протокол осмотра места происшествия, в ходе которого были обнаружены наркотики, будет недопустимым, как и само изъятие.

Следовательно, изъятие наркотиков при проведении осмотра места происшествия, производится непосредственно на этом месте. Это может быть место фактического задержания лица, либо равно и место окончания преступления, где у указанного лица, при его задержании сотрудниками

правоохранительных органов, отсутствовала реальная возможность распорядиться наркотическим средством по своему усмотрению⁷¹.

Ранее нами было отмечено, что наркотики в ходе осмотра места происшествия не могут быть изъяты непосредственно у лица. В качестве объекта осмотра выступают: место происшествия, местность, жилище, предметы, документы.

Осмотр места происшествия, согласно ч. 2 ст. 176 УПК РФ, может быть произведен до возбуждения уголовного дела. Однако, как решить ситуацию, в которой местом происшествия является жилое помещение?

Высказывается мнение о том, что только осмотр места происшествия возможен до возбуждения уголовного дела, и при этом осмотр жилища осуществляется после его возбуждения.

О. В. Шипунова поясняет, что перечисление видов осмотра в ч. 1 ст. 176 УПК РФ указывает на то, что осмотр места происшествия и осмотр жилища – разные следственные действия. Наряду с этим, ч. 2 ст. 176 УПК РФ допускает осмотр места происшествия в случаях, не терпящих отлагательства, до возбуждения уголовного дела, а ст. 177 УПК РФ, в части осмотра жилища такого указания не содержит, что позволяет сделать вывод о недопустимости его осмотра до возбуждения уголовного дела, поскольку это прямо не разрешено законом⁷².

Нам представляется это обоснованным. Поскольку, само по себе определение является ли осмотр нетерпящим отлагательств – категория оценочная. Здесь же отметим, что согласие лица, не должно являться разрешением на осмотр. Представляется, что разрешением на обследование, осмотр, обыск жилища, должно являться судебное решение. Ранее нами была отмечена важность получения судебного решения для обследования в жилом

⁷¹ Спешилова Т.С. Особенности изъятия наркотических средств, обнаруженных в ходе осмотра места происшествия / Т. С. Спешилова // Аллея науки. – 2018. – № 6. – С. 756-757.

⁷² Шипунова О. В. Указ. соч. – С. 2.

помещении, даже если есть согласие на его проведение. Это должно быть распространено и на осмотр жилища.

Таким образом, осмотр жилого помещения производится после возбуждения уголовного дела. На проведение осмотра должно быть согласие всех проживающих в помещении лиц⁷³, а если согласие не дано, необходимо получить судебное решение.

Обнаруженные, в ходе осмотра, наркотические средства могут стать частью основания к возбуждению уголовного дела, без которого провести осмотр нельзя, получается замкнутый круг.

В литературе существует два противоположных мнения относительно этой проблемы:

1. Если местом происшествия является жилое помещение, то необходимо оформлять осмотр и изъятие протоколом осмотра жилого помещения, наряду с этим, осмотр может быть проведен до возбуждения уголовного дела, в случаях, не терпящих отлагательств⁷⁴.

Представляется логичным проведение осмотра жилого помещения, так как это самостоятельное следственное действие, имеющее специальный объект осмотра, при котором могут быть изъяты наркотики. Действующий УПК РФ не дает возможности его провести до возбуждения уголовного дела. К тому же, на наш взгляд, любые «не терпящие отлагательств обстоятельства», дают почву для расширения прав сотрудников правоохранительных органов. Это объясняется, в первую очередь тем, что «не терпящие отлагательств» обстоятельства являются оценочной категорией. Установить реальное их наличие в дальнейшем практически невозможно.

⁷³ О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ) [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01.06.2017 № 19 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

⁷⁴ Власенко Н. Осмотр жилища / Н. Власенко, А. Иванов // Законность. – 2004. – № 11. – С. 25-27.

2. Независимо от того, является ли место происшествия жилым помещением, осмотр и изъятие наркотиков оформляются протоколом осмотра места происшествия⁷⁵.

Изъятие из жилого помещения, в рамках осмотра места происшествия, представляется нам смешением двух самостоятельных следственных действий, с различным порядком проведения. Это опять же ставит вопрос о допустимости процедуры изъятия.

При анализе УПК РФ, становится ясно, что осмотреть место происшествия, находящееся в жилом помещении, до возбуждения уголовного дела, и изъять наркотические средства, возможно только при проведении такого следственного действия, как осмотр места происшествия. Как ранее упоминалось, осмотр жилища возможен только в рамках возбужденного уголовного дела, следовательно, невозможно вынести постановление о проведении осмотра, так как нет уголовного дела, будет невозможно, провести, что противоречит его целям, как следственного действия.

Также отмечается, что если место происшествия не ограничивается одним жилым помещением, в него входят иные объекты, то необходимо будет выносить два постановления о проведении осмотра: осмотра жилища и осмотра места происшествия. Это является не целесообразным⁷⁶.

Следовательно, действующий УПК РФ, в ситуации, когда местом происшествия является жилое помещение, разрешает осматривать его в рамках следственного действия осмотр места происшествия. Это подтверждается и судебной практикой.

К примеру, по уголовному делу, по обвинению Р. в хранении наркотиков, изъятие наркотиков было проведено в частном доме и оформлено протоколом осмотра места происшествия⁷⁷.

⁷⁵ Шипунова О. В. Указ. соч. – С. 2-3.

⁷⁶ Сусликов А. Н. Осмотр жилища при проверке сообщения о преступлении / А. Н. Сусликов // Уголовный процесс. – 2007. – № 8. – С. 47.

⁷⁷ Приговор Ефремовского районного суда Тульской области от 15.08.2019 г. по делу № № 1-156/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Также, в ходе осмотра места происшествия, были изъяты наркотические средства из квартиры В., признанным виновным в покушении на сбыт наркотических средств⁷⁸.

Ранее нами уже отмечалась уязвимость лиц, в связи с отсутствием права на защиту, в жилом помещении, которых происходят мероприятия, направленные на обнаружение и изъятие наркотических средств. Следовательно, мы не можем согласиться, что правомерно изымать наркотики в ходе осмотра жилища, без получения на это судебного решения, даже если проживающие лица согласны на осмотр, учитывая, что они не получили квалифицированную юридическую помощь.

Каких-либо вариантов защиты прав, при осмотре места происшествия, являющегося жилым помещением, не предоставлено. По сути, при действующем регулировании, в рамках осмотра места происшествия, сотрудники правоохранительных органов, получают право на осмотр жилого помещения, без судебного решения и согласия лица, на такой осмотр. Здесь видно возможное смешение между двумя следственными действиями, правовые последствия которого нами уже были высказаны ранее, по причине пробелов в правовом регулировании осмотра жилища.

Остается открытым вопрос: как быть, если на проведение осмотра места происшествия в жилом помещении, не получено согласие проживающих в нем лиц?

Напомним, что Европейский суд, считает оправданным вмешательство в право на жилище, если это вмешательство осуществляется на основании закона и признается необходимым в демократическом обществе.

Ясно, что осмотр жилища в рамках осмотра места происшествия законом не предусмотрен, как мы ранее отмечали, это самостоятельные следственные действия. Наряду с этим, осмотр производится без согласия

⁷⁸ Приговор Ленинского районного суда г. Кемерово Кемеровской области от 10.07.2019 г. по делу № № 1-15/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

проживающих лиц, что предусмотрено при осмотре жилища. Получается, что осмотр места происшествия, являющегося жилым помещением, может быть произведен и без согласия проживающих лиц, и без судебного решения, требующегося для его проведения. По сути, напрямую это не является нарушением закона, ведь разрешения от каких-либо лиц на проведение осмотра происшествия не предусмотрено, просто жилое помещение рассматривается как специальный объект. С другой стороны, право на неприкосновенность жилища гарантирована Конституцией РФ, и его нельзя обходить.

С другой стороны, проведение осмотра жилища как места происшествия в рамках следственного действия осмотр жилого помещения, до возбуждения уголовного дела, также является нарушением закона.

Нам не представляется допустимой процедура изъятия наркотиков из жилого помещения в рамках осмотра места происшествия.

Устранить неопределённость можно с помощью внесения изменений в УПК РФ. Изменения должны устанавливать конкретное следственное действие, которое производится в случае, если жилое помещение становится местом преступления. Наряду с этим, необходимо предусмотреть механизм защиты прав лиц, проживающих в помещении.

Напомним, что изъятие наркотиков, проведенное в ходе осмотра жилого помещения как места происшествия, признается судами допустимым. Без изменений в УПК, на эту оценку повлиять невозможно.

Следовательно, в случае если местом происшествия является жилое помещение, то его осмотр и изъятие наркотиков, производятся при проведении осмотра места происшествия, с составлением соответствующего протокола.

В судебной практике, процедура изъятия наркотиков, оформленная протоколом осмотра происшествия, признается допустимой при соблюдении следующих положений:

1. Перед началом осмотра предложили выдать добровольно запрещенные вещества;
2. В протоколе подробно описываются изъятые вещества;
3. Лицам, участвующим при проведении осмотра, разъясняются их права;
4. В протоколе указаны используемые технические средства, а также то, что лица, участвующие в осмотре, были заранее предупреждены об их использовании⁷⁹;
5. С протоколом знакомятся все участвующие лица, подписывают его⁸⁰;
6. Впоследствии изъятые предметы осмотрены следователем, признаны вещественным доказательством и приобщены к делу⁸¹;
7. Содержащиеся в протоколе осмотра сведения, согласуются с другими доказательствами по делу⁸².

Получается, что допустимость изъятия, в рамках осмотра места происшествия, в большей степени определяется соблюдением формальных требований, установленных УПК РФ.

Однако, на практике, а также в научной литературе возникает вопрос о возможностях изъятия при осмотре места происшествия: откуда можно изъять наркотики? Речь идет о том, должны ли производиться поисковые мероприятия, направленные на обнаружение наркотиков, или осмотр представляет собой визуальное исследование объектов. Проще говоря, необходимо определить, могут ли сотрудники правоохранительных органов

⁷⁹ Апелляционное определение Московского областного суда от 16.07.2013 г. по делу № 22-4743/2013 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁸⁰ Приговор Ленинского районного суда г. Барнаул Алтайского края от 20.06.2019 г. по делу № 1-297/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁸¹ Приговор Аларского районного суда Иркутской области от 13.08.2019 г. по делу № 1-56/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁸² Приговор Ленинского районного суда г. Кемерово Кемеровской области от 10.06.2019 г. по делу № 1-15/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

открывать шкафы, искать в вещах, нарушать целостность предметов, двигать их и т.д.

Очевидно, что признания процедуры изъятия допустимой, необходимо установить круг объектов, которые могут подвергаться осмотру, с последующим обнаружением и изъятием наркотических средств.

На практике наркотики изымаются из различных мест, в том числе закрытых, осмотр места происшествия, особенно если это жилое помещение, осуществляется с помощью поисковых мероприятий, направленных на обнаружение наркотиков.

К примеру, в ходе осмотра места происшествия в квартире на стиральной машине, что в целом является открытым местом. Однако, далее наркотики были изъяты из футляре для зубных щеток, находящегося в шкафчике в ванной комнате, то есть на их обнаружение были направлены поисковые действия, как при обыске⁸³; вещества растительного изъяты из коробка из-под чая, находящейся в верхнем ящике тумбы, стоящей рядом с диваном⁸⁴; изъяты из картонной коробки, обнаруженной под столом⁸⁵ и т.д.

УПК РФ не содержит положений, позволяющих понять, откуда можно изымать наркотики. Наряду с этим, при проведении обыска, схожего по целям с осмотром, законом предусмотрено право на вскрытие любых помещений, что не сказано в осмотре. Однако, прямо и не запрещено.

В научной литературе, вопреки судебной практике преобладает мнение, что наркотики могут изыматься, при осмотре места происшествия только из открытых мест, как и при негласном обследовании. Иначе, происходит

⁸³ Приговор Режевского городского суда г. Реж Свердловской области от 28.09.2019 г. по делу № 1-78/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁸⁴ Приговор Московского областного суда от 25.07.2017 г. по делу № 1-5034/2017 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

⁸⁵ Приговор Челябинского областного суда от 13.03.2017 г. по делу № 10-1053/2017 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

подмена осмотра обыском⁸⁶. Чаще всего этот вопрос возникает при осмотре жилого помещения как места происшествия.

А. А. Смирнов указывает, что осмотр представляет собой наблюдение объектов, к которым имеется свободный доступ, исключающий необходимость принудительных поисковых действий⁸⁷. Если же присутствуют поисковые действия, то осмотр подменяется обыском.

Нам представляется это верным. Осмотр не может быть отождествлен с обыском по широте полномочий сотрудников правоохранительных органов. Нам представляется, исходя из сути осмотра, как исследования обстановки, а не поискового следственного действия, наркотики могут быть изъяты только с открытых поверхностей. То есть оттуда, где их можно обнаружить, не прибегая к поиску, а просто в ходе внешнего осмотра. К примеру, если наркотики были изъяты из одежды, из тумбочки, из холодильника и т.д., они будут признаны недопустимыми доказательствами, ввиду того, что изъяты в ходе незаконных действий, выразившихся в расширении прав, предоставленных сотрудникам при проведении осмотра.

Порядок действий при изъятии обнаруженных наркотических средств, определяется Инструкцией «Об утверждении инструкции о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, инструментов и оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для производства и изготовления наркотических средств и психотропных веществ, а также их учета, хранения, передачи, использования и уничтожения»⁸⁸ (далее – Инструкция о порядке изъятия). Следует отметить, что данная инструкция распространяется только на изъятие

⁸⁶ Харатишвили А.Г. Правовые проблемы изъятия наркотиков до возбуждения уголовного дела, по делам об их контрабанде / А. Г. Харатишвили // Проблемы экономики и юридической практики. – 2006. – С. 103.

⁸⁷ Уголовный процесс : учебник / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский ; под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : КНОРУС, 2008. – С. 392

⁸⁸ Об утверждении инструкции о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, инструментов и оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для производства и изготовления наркотических средств и психотропных веществ, а также их учета, хранения, передачи, использования и уничтожения [Электронный ресурс] : Приказ МВД РФ от 09.11.1999 г. № 840 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

при проведении следственных действий, не имеет отношение к оперативно-розыскным мероприятиям.

Учитывая судебную практику, в том числе Европейского суда, УПК РФ, положения Инструкции о порядке изъятия, для признания процедуры изъятия наркотиков при проведении осмотра места происшествия, необходимо соблюдение следующих условий:

1. Изъятие наркотиков должно быть произведено непосредственно на самом месте преступления;

2. Наркотики могут быть изъяты только с открытых поверхностей, которые видны при исследовании. Поисковые мероприятия, как при обыске, не производятся;

3. Изъятие наркотиков сопровождается составлением протокола осмотра места происшествия, в том числе, если местом происшествия является жилое помещение. В протоколе отражается факт изъятия, подробно описывается изымаемое вещество. Наркотики при изъятии предъявляются всем присутствующим лицам, упаковываются и опечатываются;

4. Изъятие осуществляется в присутствии не менее двух понятых, а также проживающих в помещении лиц, которые подписывают протокол осмотра;

5. В протоколе осмотра должны быть описаны все технические средства, которые применялись при осмотре, с пометкой о том, что лица, участвующие в осмотре, были уведомлены о таком использовании еще до начала следственного действия;

6. Сведения, содержащиеся в протоколе, должны подтверждаться другими доказательствами по делу, к примеру показаниями свидетелей.

Таким образом, при изучении судебной практики, становится ясно, что и в отношении обнаружения и изъятия наркотических средств в помещениях, зданиях, сооружениях и иные объекта, оценка допустимости изъятия, дающаяся судами, различна.

Следственные действия подменяют друг друга, подменяют оперативно-розыскные мероприятия, однако изъятие все же признается допустимым, ввиду приоритета общественного и государственного интереса. Хотя, при определении допустимости процедур изъятия в рамках действия принципа «разрешено то, что прямо предусмотрено законом...», нарушение закона должно повлечь признание процедуры недопустимой, а как следствие и изъятых наркотических средств недопустимым доказательством.

Отсутствие полного законодательного регулирования такие мероприятий, как обследование, обыск, осмотр места происшествия и осмотр жилища, влекут возможность совершения действий сотрудниками правоохранительных органов, которые как бы прямо не нарушают закон, но и не предусмотрены им.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Подводя итоги исследования, в первую очередь, хотелось бы отметить, что практика проведения оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, движется по пути расширительного толкования закона, относительно предоставленных сотрудникам правоохранительных органов прав, а также границ проведения мероприятий. Расширяется сфера применения оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, появляются различные способы действовать «вне закона», формально его не нарушая. Ярким примером является распространенность изъятия наркотиков у лица в рамках личного досмотра, в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Наряду с расширительным толкованием норм права, приводящим, к примеру, к проведению поисковых мероприятий в ходе негласного обследования для обнаружения наркотических средств, хотя это прямо не предусмотрено, существует подмена следственных действий оперативно-розыскными мероприятиями, и наоборот, а также, подмена одних следственных действий другими.

Несмотря на необходимость учета правовых позиций ЕСПЧ, суды в Российской Федерации, при оценке допустимости процедур изъятия наркотиков используют формальный подход, устанавливая порядок оформления изъятия, и не обращая внимания на само основание.

Очевидно, что все эти моменты имеют место из-за отсутствия полного правового регулирования процедур, а также невозможности должным образом, ввиду этого, реализовать принцип «разрешено то, что прямо предусмотрено законом...».

Ввиду приоритета общественного интереса над интересами отдельно взятой личности, судам приходится руководствоваться формальными положениями, при определении допустимости изъятия. На права лица, у которого изымаются наркотики не обращается должного внимания. К

примеру, не придается такого высоко значения наличию права на защиту, права не свидетельствовать против себя и хранить молчание, какое определяет ЕСПЧ. Отсюда вытекают нарушения прав и свобод лица, в отношении которого производится изъятия наркотических средств.

Было установлено, что действующее законодательство не предусматривает возможность изъятия наркотиков в рамках личного досмотра, в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. По факту, личный досмотр является аналогом личного обыска, только проводимым до возбуждения уголовного дела и при отсутствии на это каких-либо оснований. Увы, но такое изъятие наркотиков в ходе личного досмотра признается судами допустимым, а оценка дается на основании формальных критериев: наличие протокола, наличие согласия, наличие понятых и т.д.

На фоне этого, личный обыск потерял свой практический смысл, так как после проведения личного досмотра, изымать, как правило, уже нечего. К тому же, личный обыск производится только после возбуждения уголовного дела, а как правило, к моменту возбуждения дела, наркотики уже изъяты.

Что касается изъятия в ходе обследования жилого помещения, то в рамках разрешительного метода правового регулирования, нельзя производить поисковые мероприятия для обнаружения наркотиков, а также изымать их. Однако, изъятие из жилого помещения признается допустимым судами. Здесь же важно отметить, что если при проведении обследования, проводятся поисковые мероприятия, то фактически можно считать, что произведен обыск, а не обследование, что является подменой и нарушает закон, а вместе с тем и права лиц, в отношении которых происходит изъятие.

Здесь же нередки подмены и с осмотром места происшествия и осмотром жилого помещения, которые ввиду неопределенности правового регулирования, на практике пересекаются между собой.

После изучения законодательной базы, регулирующей порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, мы установили, что при отсутствии возбужденного уголовного дела, в рамках

действующего законодательства, нет такой процедуры изъятия, которую в полной мере можно было бы признать допустимой.

Однако, важно отметить и необходимость предупреждения и пресечения преступлений данной категории.

Исходя из этого, нам представляется важным предоставление и разъяснение права на защиту, права не свидетельствовать против себя и права хранить молчание лицу, у которого изымаются наркотические средства. Это поможет соблюдению прав лиц, у которых наркотики изымаются вне действия принципа «разрешено то, что прямо предусмотрено законом...», в совокупности с расширительным толкованием прав, предоставленным сотрудникам правоохранительных органов.

Также, судам необходимо учитывать при оценке допустимости критерии, разработанные ЕСПЧ, ввиду того, что его правовые позиции позволяют установить правильное толкование Конвенции и должны быть опорой для принятия решений в судах стран, являющихся участниками Конвенции.

Подводя итог данному исследованию, заметим, что все определенные нами проблемы могут быть решены с помощью урегулирования рамок проведения оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий. Это позволит судам четко определять являются ли допустимыми процедуры изъятия, либо нарушают закон и не являются.

Таким образом, необходимо:

1. Усовершенствование нормативно-правовых актов, регулирующих оперативно-розыскную и следственную деятельность, установление четкого порядка обнаружения и изъятия;

2. Предоставление и разъяснение прав и обязанностей лицам, в отношении которых производится изъятие. К примеру, разъяснение добровольности личного досмотра, либо возможности не предоставлять доступ к закрытым комнатам при обследовании жилого помещения. Особое

внимание должно уделяться разъяснению и предоставлению права на защиту, права не свидетельствовать против себя и права хранить молчание;

3. Переход к разрешительному методу регулирования и учету его судами при оценке допустимости процедуры изъятия;

4. Учет критериев ЕСПЧ при оценке допустимости процедуры изъятия.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативно-правовые акты:

1. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях [Электронный ресурс] : федер.закон от 30.12.2001 № 195-ФЗ ред. от 24.04.2020 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа : <https://www.consultant.ru>

2. Об оперативно-розыскной деятельности [Электронный ресурс] : федер. закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

3. Об утверждении инструкции о порядке изъятия из незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, инструментов и оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для производства и изготовления наркотических средств и психотропных веществ, а также их учета, хранения, передачи, использования и уничтожения [Электронный ресурс] : Приказ МВД РФ от 09.11.1999 г. № 840 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

4. Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел РФ и гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств [Электронный ресурс] : Приказ Министерства внутренних дел РФ от 01.04.2014 г. № 199 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

5. О наркотических средствах и психотропных веществах [Электронный ресурс] : федер. закон от 08.01.1998 № 3-ФЗ // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

6. О полиции [Электронный ресурс] : федер. закон от 07.02. 2011 № 3 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

7. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс]: федер. закон от 18.12.2001 № 174-ФЗ ред. от 24.04.2020 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

Судебная практика:

8. Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9.01.2013 г. по делу № 45-012-77 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

9. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кучера Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав статьями 5 - 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] : Определение Конституционного Суда РФ от 25.05.2017 № 988-О // Справочно-правовая система «Законы, кодексы, нормативные и судебные акты». – Режим доступа: <https://legalacts.ru>

10. О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30.06.2015 № 29 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

11. О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ) [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01.06.2017 № 19 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

12. Определение Судебной коллегии по делам военнослужащих Верховного Суда РФ от 11.04.2017 № 211-КГ16-32 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

13. О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 21 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

14. О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации [Электронный ресурс] : Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

15. 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 [Электронный ресурс] : Постановление Конституционного суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

16. «По делу о проверке конституционности пункта "б" части первой статьи 1 Закона Республики Мордовия от 20 января 1996 года «О временных чрезвычайных мерах по борьбе с преступностью» в связи с жалобой гражданина Р.К. Хайрова» [Электронный ресурс] : Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.1997 N 11-П // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

17. По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] : Определение КС РФ от 4.02.1999 г. № 18-О //

Справочная правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа:
<http://www.consultant.ru>

18. Постановление Ивановского областного суда Ивановской области от 26 апреля 2013 г. по делу № 44У-86/13 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа:
<https://sudact.ru>

19. Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11.11.2009 г. по делу № А78-3368/2009 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Гарант». – Режим доступа:
<https://www.garant.ru>

20. Апелляционное определение Московского областного суда от 16.07.2013 г. по делу № 22-4743/2013 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа:
<https://sudact.ru/>

21. Апелляционное определение Нижегородского областного суда по делу № 22-4451/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <http://oblsudnn.ru>

22. Приговор Аларского районного суда Иркутской области от 13.08.2019 г. по делу № 1-56/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа:
<https://sudact.ru>

23. Приговор Ленинского районного суда г. Кемерово Кемеровской области от 10.06.2019 г. по делу № 1-15/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

24. Приговор Березовского районного суда Ханты-Мансийского автономного округа Югра от 5.08.2019 г. по делу №1-21/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru/>

25. Приговор Волжского городского суда Республики Марий Эл от 04.02.2016 г. по делу № 1-290/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

26. Приговор Донского городского суда Тульской области от 27.09.2019 г. по делу № 1-105/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

27. Приговор Ефремовского районного суда Тульской области от 15.08.2019 г. по делу № № 1-156/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

28. Приговор Железнодорожного районного суда г. Пензы Пензенской области от 21.05.2018 г. по делу №1-124/2018 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

29. Приговор Железнодорожного районного суда г. Самара Самарской области от 22.09.2019 г. по делу № 1-184/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

30. Приговор Индустриального районного суда г. Ижевска № 1-460/2015 от 3 декабря 2015 г. по делу № 1-460/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

31. Приговор Кировского районного суда г. Астрахани Астраханской области от 21 сентября 2015 г. по делу № 1-424/2015 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

32. Приговор Ленинского районного суда г. Барнаул Алтайского края от 20.06.2019 г. по делу № 1-297/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-

правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа:
<https://sudact.ru>

33. Приговор Ленинского районного суда г. Владимира Владимирской области от 7.05.2019 г. по делу № 1-34/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

34. Приговор Ленинского районного суда г. Кемерово Кемеровской области от 10.07.2019 г. по делу № № 1-15/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

35. Приговор Майкопского городского суда Республики Адыгея от 27.09.2019 г. по делу № 1-595/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

36. Приговор Московского областного суда от 25.07.2017 г. по делу № 1-5034/2017 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

37. Приговор Одесского районного суда Омской области от 27.09.2016 г. по делу № 1-40/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

38. Приговор Красновишерского районного суда Пермского края от 12.12. 2016 г. по делу № 1-55/2016 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

39. Приговор Промышленного районного суда г. Смоленска Смоленской области от 11.02.2015 г. по делу № 1-16/2014 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

40. Приговор Режевского городского суда г. Реж Свердловской области от 28.09.2019 г. по делу № 1-78/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

41. Приговор Свердловского областного суда от 28.11.2014 г. по делу № 22-9973/2014 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

42. Приговор Челябинского областного суда от 13.03.2017 г. по делу № 10-1053/2017 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

43. Приговор Ясненского районного суда Оренбургской области от 16.07.2019 г. по делу № 1-50/2019 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «Судебные и нормативные акты РФ». – Режим доступа: <https://sudact.ru>

Международная судебная практика:

44. Постановление Европейского Суда по правам человека от 18.09.2014 г. «Аванесян против Российской Федерации» жалоба № 41152/06 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

45. Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.11.2018 г. «Безе против Бельгии» жалоба № 71409/10 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

46. Постановление Европейского Суда по правам человека от 9.07.2019 г. «Борисов против Российской Федерации» жалоба № 48105/17 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

47. Постановление Европейского Суда по правам человека от 13.12.2016 г. «Идалов против Российской Федерации» жалоба № 41858/08 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

48. Постановление Европейского Суда по правам человека от 21.04.2011 г. «Нечипорук и Йонкало против Украины» жалоба № 42310/04 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

49. Постановление Европейского Суда по правам человека от. 3.03. 2016 г. «Праде против Германии» жалоба № 7215/10 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

50. Постановление Европейского Суда по правам человека от 11.12.2018 г. «Родионов против Российской Федерации» жалоба № 9106/09 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

51. Постановление Европейского Суда по правам человека от 12.11.2015 г. «Сакит Захидов против Азербайджана» жалоба № 51164/07 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

52. Постановление Европейского Суда по правам человека от 26.06.2018 г. «Фортальнов и другие против Российской Федерации» жалоба № 7077/06 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

53. Постановление Европейского Суда по правам человека от 26.10.2006 г. «Худобин против Российской Федерации» жалоба № 59696/00 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>

54. Постановление Европейского Суда по правам человека от.11.06. 2006 г. «Яллох против Германии» жалоба № 54810/00[Электронный ресурс] //

Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа:
<http://www.consultant.ru>

Практические материалы, анализируемые в тексте работы:

55. Постановление Центрального районного суда г. Красноярск от 15.06.2017 г. Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

56. Протокол личного досмотра, досмотра вещей, находящихся при физическом лице. Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

57. Протокол задержания. Материал получен из адвокатского досье, изученного в ходе прохождения практики.

Литература и иные источники:

58. Бакланов Л. А. Проведение, документальное оформление и использование результатов гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств: учебное пособие / под ред. А. М. Щукина. – Тюмень: Тюменский институт повышения квалификации сотрудников МВД России, 2015. – 56 с.

59. Валиев Р. Ш. Личный обыск в системе способов и средств обеспечения процесса доказывания по уголовным делам : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.09 / Валиев Рафаэль Шамилович. – Саратов, 2003. – 22 с.

60. Вершинина С. И. О юридической природе, понятии и системе уголовно-процессуального принуждения / С. И. Вершинина // Журнал российского права. – 2016. – С. 90-98.

61. Власенко Н. Осмотр жилища / Н. Власенко, А. Иванов // Законность. – 2004. – № 11. – С. 25-27.

62. Диденко Н. С. Процессуальные проблемы производства освидетельствования как следственного действия / Н. С. Диденко, Колбасина Е. Е. // Юрист – Правоведъ. – 2017. – С. 100-103.
63. Железняк Н. С. Обследование и обыск - единство или борьба противоположностей? / Н. С. Железняк, Ю. В. Леонтьева // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2019. – № 3. – С. 24-32.
64. Информационно-аналитический портал правовой статистики Генеральной прокуратуры Российской Федерации [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://crimestat.ru>
65. Корнуков В. М. Личный обыск и его роль в уголовно-процессуальном доказывании [Электронный ресурс] / Корнуков В. М, Валиев Р.Ш. – Режим доступа. <https://www.lawmix.ru>
66. Кузнецов В. А. Освидетельствование: де-юре и де-факто / В. А. Кузнецов, М. И. Пилякин // Вестник Московского университета МВД России. – 2014. – С. 95-98.
67. Кузьмин Н.Т О возможности проведения гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» в жилище граждан [Электронный ресурс] / Н. Т. Кузьмин // Научно-практический электронный журнал Аллея Науки. – 2018. – №9. – Режим доступа: <https://www.alley-science.ru>
68. Курс уголовного процесса / Под ред. д.ю.н., проф. Л.В. Головки. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2017. – 1280 с.
69. Лапатников М. В. Личный досмотр в системе уголовно-процессуальных средств доказывания: проблемы теории и практики / М. В. Лапатников // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2016. – № 2. – С. 439-443
70. Малахов А. С Правовое регулирование гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений,

участков местности и транспортных средств / А. С. Малахов // Вестник Воронежского института МВД России. – 2019. – № 1. – С. 170-175.

71. Мамедов Р. Я. Личный обыск в контексте рассмотрения надлежащих способов собирания вещественных доказательств в досудебном уголовном производстве / Р. Я. Мамедов // Пробелы в российском законодательстве. – 2015. – № 3. – С. 158-161.

72. Помелов А. А. Некоторые вопросы обнаружения и изъятия денежных средств и иных объектов, представляющих доказательственное значение, при проведении проверочной закупки наркотических средств / А. А. Помелов // Вестник Сибирского юридического института МВД России, 2019. – № 3. – С. 72-79.

73. Россинский С. Б. О некоторых проблемах личного обыска задержанного по подозрению в совершении преступления / С. Б. Россинский // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях. – 2017. – С. 284-290.

74. Россинский С. Б. Что такое личный обыск при задержании подозреваемого: следственное действие, непроцессуальное мероприятие или пустая формальность? / С. Б. Россинский // Судебная власть и уголовный процесс. – 2017. – С. 80-90.

75. Семенцов В. А. Задержание подозреваемого в стадии возбуждения уголовного дела / А. В. Семенцов // Уголовное право. – 2010. - № 1. – С. 100-1-3.

76. Спешилова Т.С. Особенности изъятия наркотических средств, обнаруженных в ходе осмотра места происшествия / Т. С. Спешилова // Аллея науки. – 2018. – № 6. – С. 755-758.

77. Сусликов А. Н. Осмотр жилища при проверке сообщения о преступлении / А. Н. Сусликов // Уголовный процесс. – 2007. – № 8. – С. 47-51.

78. Уголовный процесс : учебник / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский ; под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : КНОРУС, 2008. – 704 с.

79. Харатишвили А.Г. Правовые проблемы изъятия наркотиков до возбуждения уголовного дела, по делам об их контрабанде / А. Г. Харатишвили // Проблемы экономики и юридической практики. – 2006. – С. 103-106.

80. Чуркин А.В. Вопросы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Комментарий судебной практики. / под ред. К.Б. Ярошенко. – Москва: Юридическая литература, 2005. – С. 237-273.

81. Шашин Д. Г Проблемы изъятия предметов, веществ и документов при проведении обследования жилых помещений оперативными подразделениями по контролю за оборотом наркотиков органов внутренних дел / Д. Г. Шашин // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2018. – 2. – С. 54-58.

82. Шипунова О. В. Особенности проведения осмотра жилища как места происшествия при проверке сообщения о преступлении / О. В. Шипунова // Концепт. – 2014. – № 29. – С. 1-5.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

Протокол личного досмотра, досмотра вещей находящихся при физическом лице

г. Красноярск

«07» июня 2019 года

начат «01» час «30» мин.

окончен «01» час «40» мин.

Я, дознаватель ОД ОП [данные изъяты] ст. лейтенант полиции [данные изъяты].

на основании ст. ст. 27.1, 27.7, 27.10 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, ст. 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», п. 16 ч. 1 ст. 13 ФЗ «О полиции».

В помещении [данные изъяты]

В присутствии понятых:

1. [данные изъяты]
2. [данные изъяты]

которым разъяснено, что в соответствии с требованиями ст.ст. 25.6, 25.7 Кодекса об административных правонарушениях и ст. 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», они имеют право делать заявления по проведению проводимых действий, подлежащих занесению в настоящий протокол, также разъяснена их обязанности удостоверить факт, содержания и результаты производимых действий.

1. [подпись]

2. [подпись]

произведен личный досмотр: Р., дата рождения [данные изъяты]

проживающего по адресу: [данные изъяты]

Перед началом личного досмотра Р. предложено добровольно выдать имеющиеся у него при себе предметы, свободный оборот которых запрещен либо ограничен, а также деньги и ценности, добытые преступным путем. Р заявила при не таковые.

После этого Р. и ее одежда были подвергнуты досмотру.

Досмотром установлено: Р.

Одет: платье зелено-оранжевого цвета, бюстгальтер черного цвета, тапки красного цвета

В ходе личного досмотра было обнаружено: в левой чашке бюстгальтера полимерный сверток в котором находится пять полимерных свертков с порошкообразным веществом.

В ходе личного досмотра изъято и упаковано: полимерный сверток в котором находится пять полимерных свертков с порошкообразным веществом изъяты и упакованы в белый бумажный конверт, который опечатан печатью [данные изъяты], сделана пояснительная надпись, поставлены подписи присутствующих лиц.

В ходе досмотра Р. пояснила: ничего не пояснила

От подписи отказалась
подпись досматриваемого

В ходе досмотра применялось: не применялось

От подписи отказалась
подпись досматриваемого

Перед началом, в ходе либо по окончании досмотра, от участвующих лиц замечания не поступили

Протокол прочитан лично

Замечания к протоколу нет

Досматриваемый: от подписи отказалась

Понятые:

1. [подпись] [данные изъяты]

2. [подпись] [данные изъяты]

Протокол составил: (должность место работы) [данные изъяты]

Федеральное государственное автономное
образовательное учреждение
высшего образования
«СИБИРСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»
Юридический институт
институт
Уголовного процесса и криминалистики
кафедра

УТВЕРЖДАЮ

Заведующий кафедрой



подпись

А.Д. Назаров
инициалы, фамилия

«07»

07

2020 г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА

40.03.01 – Юриспруденция

код – наименование специальности

«Правила допустимости процедуры обнаружения и изъятия
наркотических средств»

тема работы

Научный руководитель



подпись, дата

доцент, к.ю.н.

должность, ученая степень

А.А. Брестер

фамилия, инициалы

Выпускник

08 07 2020

подпись, дата



О.С. Паймёнова

фамилия, инициалы

Красноярск, 2020