

## ОСМОТР ЖИЛИЩА

Осмотр жилища регламентирован ст. 12, п. 4 ч. 2 ст. 29, ст. 165, 176 — 177, 180 УПК РФ, которые устанавливают основания, порядок производства и фиксации результатов данного следственного действия. Осмотр жилища производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 176 УПК РФ), и в соответствии с ч. 5 ст. 177 УПК РФ только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения. Если проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то следователь возбуждает перед судом ходатайство о производстве осмотра в соответствии со ст. 165 УПК. В отечественном уголовном судопроизводстве указанная норма — новелла<sup>1</sup> и вызывает немало вопросов при ее толковании в теории и практике<sup>2</sup>, на которые закон не дает однозначных ответов.

Одним из них является вопрос о том, кого именно считать под «лицами, проживающими в жилище», осмотр которого допускается только с их согласия. УПК не разъясняет это понятие. Однако ст. 182, регламентирующая основания и порядок производства схожего с осмотром следственного действия (обыска), в качестве обязательных его участников называет лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетних членов его семьи. Экстраполируя эту норму на осмотр жилища, можно предположить, что именно у этих лиц должно быть получено согласие. Так, например, Д.О. Серебров считает, что «под проживающими в жилище лицами следует понимать его владельцев на правах собственности (если квартира приватизированная), квартиросъемщиков, зарегистрированных в нем постоянно или временно (или их родственников)»<sup>3</sup>. На наш взгляд, это мнение не бесспорно, нельзя связывать факт «проживания» лица в жилище с наличием у него регистрации по соответствующему адресу или родственных отношений с квартиросъемщиком или лицом, владеющим жилищем на праве собственности. Исходя из данной точки зрения, из категории проживающих в жилище лиц следует исклю-

---

\* © Утарбаев А.К., 2009

Утарбаев Артур Кожжекеевич — аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета

чить, например, всех лиц, кто проживает в самовольно построенном доме. Последние не являются ни собственниками, ни нанимателями, они владеют и пользуются жильем без юридических оснований. В этой связи более точной кажется позиция О.Я. Баева, который считает, что под «проживающими в жилище лицами в контексте ч. 5 ст. 177 подразумеваются совершеннолетние лица, постоянно или временно проживающие в подлежащем осмотру жилком помещении или владеющие им на праве собственности, независимо от факта их регистрации в этом жилище»<sup>4</sup>. Согласимся с этим мнением, поскольку в одном жилище совместно могут проживать лица, не обязательно состоящие в семейных или родственных отношениях и/или имеющие регистрацию по данному адресу, и соответственно выступать в роли тех лиц, о которых упоминается в ч. 5 ст. 177 УПК РФ. Добавим лишь, что эти лица должны быть не только совершеннолетними, но и дееспособными. Если в жилище проживают недееспособные или несовершеннолетние лица, то согласие на производство осмотра жилища должно испрашиваться у их законных представителей.

Не меньшие трудности для анализа создает еще одно, казалось бы, несложное для понимания требование обязательного учета при осмотре жилища воли проживающих в нем лиц, которые вправе дать или не дать свое согласие на осмотр. Здесь возникает немало вопросов. Прежде всего, следует разобраться, о каком согласии говорит законодатель: всех и каждого, кто проживает в подлежащем осмотру жилком помещении, или только тех из них, кто находится в нем на момент производства осмотра. На страницах юридической печати высказываются самые разные мнения по этому поводу, например такое, как «при несогласии на производство осмотра в жилище проживающих в нем лиц»<sup>5</sup> или «если хотя бы один из проживающих в жилище возражает против производства осмотра»<sup>6</sup> необходимо получение судебного решения. Полагаем, что это суждение небезупречно. Оно допускает производство осмотра жилища как без получения согласия на то проживающих в жилище лиц, так и без вынесения специального о том решения суда. На момент осмотра жилища отдельно взятые из проживающих в нем лиц могут отсутствовать на месте производства этого следственного действия и соответственно не иметь возможности изъяснить свою волю (ни согласия, ни возражения) по поводу осмотра жилища. Вместе с тем, согласие указанных лиц на производство осмотра их жилища не получено, даже если остальные из проживающих в жилище лица такое согласие дали. На наш взгляд, при таких обстоятельствах, за исключением случаев, предусмотренных ч. 5 ст. 165,

производство осмотра жилища возможно только на основании судебного решения. Иначе говоря, согласие на осмотр жилища проживающих в нем лиц следует понимать как согласие всех и каждого из них, а не кого-либо в отдельности или как отсутствие возражения против осмотра жилища со стороны кого-либо из проживающих в нем лиц. В этой связи считаем несоответствующим смыслу закона разъяснение по этому поводу, которое дает А.Н. Сусликов. Последний считает, что «получать согласие на осмотр жилища следует у лица, которое имеет непосредственное отношение к преступному деянию. Если в момент осмотра присутствуют все проживающие в данном жилище, получается согласие каждого лица. Отсутствие кого-либо не служит основанием для отказа от осмотра»<sup>7</sup>.

С учетом сказанного предлагаем дополнить формулировку, содержащуюся в ч. 5 ст. 177 УПК, и изложить ее в следующей редакции:

«Осмотр жилища производится только с согласия всех проживающих в жилище лиц... (далее по тексту)».

Очевидно, что согласие должно быть добровольным, а это значит, что оно не может быть следствием психического давления, насилия, угроз, шантажа или ложного информирования, т.е. вынужденным. Поэтому считаем необходимым закрепить в УПК норму, обязывающую следователя перед началом осмотра жилища разъяснить проживающим в нем лицам их право не давать согласия на производство этого следственного действия без решения суда, равно как и возможность изъятия в ходе осмотра любых предметов, которые, по мнению следователя, могут иметь отношение к уголовному делу. Причем это разъяснение должно даваться в присутствии понятых и быть зафиксировано в протоколе следственного действия. К сожалению, УПК РФ не оговаривает форму, в которую должно быть облечено согласие, равно как и возражение против осмотра жилища. В литературе указывается, что перед началом осмотра жилища с согласия проживающих в нем лиц такое согласие обязательно должно быть записано в протоколе следственного действия и заверено подписями этих лиц<sup>8</sup>, с чем мы полностью согласны. Добавим лишь, что целесообразно фиксировать не только согласие, но и возражение этих лиц против осмотра. Анализ правоприменительной практики свидетельствует, что в протокол осмотра жилища, произведенного с согласия проживающих в нем лиц, не всегда заносится запись о получении такого согласия (в 8 из 32 рассмотренных протоколов этой записи не было). В тех протоколах, где такая запись имелась, она, как правило, выполнялась собственноручно жильцами, реже заносилась следователем и удостоверя-

лась подписью жильцов. При этом лишь в трех протоколах содержалась отметка о разъяснении жильцам положений ст. 12 УПК РФ, во всех иных случаях имелась лишь стандартная формулировка, что «перед началом осмотра участвующим лицам разъяснены их права, ответственность, а также порядок производства следственного действия». Остается только предполагать, что проживающим в жилище лицам разъясняли их право не давать согласия на его осмотр. Таким образом, речь должна идти не просто о согласии на осмотр жилища проживающих в нем лиц, а об их **информированном согласии**.

Кроме того, если лицо дает согласие на осмотр жилища, оно вправе, на наш взгляд, делать это на определенных условиях, которые следователь обязан соблюдать. Так, например, первоначально выразив свое согласие на осмотр жилища, проживающее в нем лицо в процессе производства этого следственного действия вправе требовать от следователя его немедленного прекращения. Аналогично, условием дачи согласия на осмотр жилища может быть разрешение на осмотр только части жилища и запрет на обследование других помещений.

Не менее спорным в теории и практике уголовного процесса является вопрос о разграничении двух видов осмотра — осмотра жилища и осмотра места происшествия в том случае, когда последнее находится в жилище. До принятия УПК РФ среди ученых и практиков активно дискуссировался вопрос о том, обязательно ли на производство осмотра места происшествия в жилище получать согласие проживающих в нем лиц, а при возражении последних — судебное решение. В литературе высказывалось мнение, что обследование жилых помещений в рамках осмотра места происшествия (как, впрочем, и осмотра жилища) нужно проводить на основании лишь постановления следователя<sup>9</sup>, согласие жильцов или решение суда в этом случае не вызываемая необходимостью весьма сложная процессуальная форма<sup>10</sup>. Казалось бы, после появления ч. 5 ст. 177 УПК РФ, как указывается в литературе, все дискуссии по этому вопросу должны быть прекращены<sup>11</sup>. Но некоторые авторы по-прежнему продолжают считать, что на осмотр места происшествия в жилище согласия жильцов или решения суда не требуется<sup>12</sup>, а в указанной норме «регламентируется запрет на осмотр жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, а не на осмотр места происшествия в жилище»<sup>13</sup>. При этом обоснование этому пытаются найти не только в уголовно-процессуальных нормах, неоднозначные формулировки которых действительно не исключают такого вывода, а и в нормах Конституции, которые, казалось бы, этот

вопрос регулируют однозначно. Так, например, В. Белоусов из правильного посыла о том, что конституционная норма о неприкосновенности жилища, которая, как известно, допускает проникновение в него только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения, вторична от права на неприкосновенность частной жизни и выступает его гарантией, приходит к странному выводу, что она (норма) позволяет производить осмотр места происшествия в жилище как без согласия проживающих в нем лиц, так и без вынесения специального решения суда. Поскольку это следственное действие не носит принудительного характера и в ходе его производства якобы запрещаются «действия, направленные на сбор и поиск сведений, составляющих личную или семейную тайну», то производство осмотра места происшествия в жилище без согласия жильцов или решения суда, по мнению автора, соответственно никак не нарушает конституционной нормы. «Поэтому, — пишет В. Белоусов, — вне всяких условий, в связи с публичностью уголовно-процессуальной деятельности место происшествия, в том числе и в жилище, должно быть доступным для следователя»<sup>14</sup>. Такая аргументация кажется неубедительной. Любые сведения о преступной деятельности действительно не могут являться предметом охраняемой законом тайны частной жизни, но это не лишает само жилище частного характера и защиты от произвольного проникновения. Защита, предоставляемая в рамках ст. 25 Конституции, распространяется как на само жилище в его материальном смысле, так и на всю информацию, которая в этом жилище имеется, независимо от ее содержания, и должна обеспечиваться равным образом, независимо от существа и целей проникновения. Таким образом, попытка отдельных авторов ссылками на конституционные нормы обосновать вывод о том, что на осмотр места происшествия в жилище согласия жильцов или решения суда не требуется, явно несостоятельна.

Вместе с тем, как уже было сказано, такого вывода не исключает буквальное толкование уголовно-процессуальных норм. Так, из содержания ч. 1 ст. 176 УПК РФ следует, что осмотр жилища и осмотр места происшествия — самостоятельные следственные действия, причем для последнего из них закон не оговаривает особенности его производства в жилище — требование получить согласие жильцов или судебное решение. Кроме того, необходимость в осмотре жилого помещения в целях обнаружения следов преступления может возникнуть при проверке сообщения о преступлении, а до возбуждения уголовного дела закон допускает только один способ сбора доказательств

в жилом помещении — осмотр места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК РФ). Наконец, если такая необходимость возникла, а проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то по смыслу уголовно-процессуального закона его производство на основании решения суда также недопустимо, поскольку это возможно только в рамках возбужденного уголовного дела. До этого момента у следователя нет законных оснований для ходатайства перед судом о производстве осмотра в соответствии с ч. 1-4 ст. 165 УПК РФ. В качестве иллюстрации последнего положения приведем пример из практики. Так, судья Советского районного суда г. Казани, рассмотрев 10 сентября 2004 г. постановление старшего оперуполномоченного отдела МВД Республики Татарстан, которым возбуждалось ходатайство о производстве осмотра жилища, каковым являлась расположенная в г. Казани квартира, удовлетворил это ходатайство и вынес постановление, разрешающее произвести осмотр жилища. Судьей Верховного Суда Республики Татарстан 28 декабря 2004 г. отказано в удовлетворении надзорной жалобы К. о пересмотре постановления судьи. В надзорной жалобе К. просил проверить законность и обоснованность судебных постановлений. Президиум Верховного Суда Республики Татарстан 11 мая 2005 г. состоявшиеся по делу судебные решения отменил, указав следующее.

Удовлетворяя ходатайство сотрудника милиции — старшего оперуполномоченного и разрешая ему провести осмотр жилища, судья руководствовался положениями, предусмотренными ст. 165 и 177 УПК РФ. Однако правом возбуждения такого ходатайства с согласия прокурора в соответствии со ст. 165 УПК РФ наделен только следователь, а порядок обращения с аналогичным ходатайством сотрудников, занимающихся оперативно-розыскной деятельностью, и судебного рассмотрения такого ходатайства регулируется гл. 2 Федерального закона от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

Статьей 9 этого Закона предусмотрено, что основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, в том числе право на неприкосновенность жилища, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Таким образом, судья рассмотрел ходатайство о получении разрешения на осмотр жилища, возбужденное неправомочным лицом, поскольку старший оперуполномоченный не относится к категории руководителей соответствующего органа.

Президиум Верховного Суда Республики Татарстан судебные решения по делу в отношении К. отменил, производство по материалу прекратил<sup>15</sup>.

Как следует из примера, судья, удовлетворяя ходатайство об осмотре жилища, руководствовался положениями, предусмотренными ст. 165 и 177 УПК РФ. Между тем это ходатайство было заявлено не только неправомочным лицом, но и до возбуждения уголовного дела, а в рамках проверки сообщения о преступлении закон не допускает возбуждения перед судом таких ходатайств.

В ситуации, когда при проверке сообщения о преступлении возникла необходимость в осмотре места происшествия в жилище вопреки воли проживающих в нем лиц, в литературе предлагают производить это следственное действие без предварительного получения судебного решения, но с последующим направлением прокурору и в суд уведомления об этом. По мнению авторов, предлагающих такое решение, «это не будет противоречить закону»<sup>16</sup>. При этом они (явно<sup>17</sup> или неявно<sup>18</sup>) ссылаются на ч. 2 ст. 176 УПК РФ, допускающую производство осмотра места происшествия до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства, и на ч. 5 ст. 165, которая в таких же случаях допускает производство осмотра жилища на основании постановления следователя без получения судебного решения, но с последующим уведомлением суда о данном следственном действии. Но такой вывод неверен уже потому, что речь здесь, по существу, идет о некоем «гибридном» следственном действии, которое производится по основаниям, предусмотренным для осмотра жилища, и в режиме, установленном для осмотра места происшествия. Кроме того, невозможно увязать правовой смысл этого предложения со смыслом ряда норм УПК РФ: ч. 1 ст. 176, которая, перечисляя виды осмотра, указывает, что каждый из них является самостоятельным следственным действием; ч. 2 ст. 176, которая, допуская осмотр места происшествия до возбуждения уголовного дела, не содержит указания на необходимость получения судебного решения ни до, ни после его производства в жилище; п. 4 ч. 2 ст. 29 и ч. 5 ст. 177, в которых имеется данное указание, но применительно к осмотру жилища, а не места происшествия и др. Наконец, невозможно объяснить, почему указанные авторы, соглашаясь с тем, что до возбуждения уголовного дела у суда нет законных оснований для вынесения постановления о производстве осмотра в соответствии с ч. 1-4 ст. 165 УПК РФ, считают, что для проверки законности осмотра, произведенного в соответствии с ч. 2 ст. 176 УПК РФ, и вынесения специ-

ального о том постановления в соответствии с ч. 5 ст. 165 УПК РФ у суда законные основания есть. Между тем и в ч. 1 и в ч. 5 ст. 165 УПК РФ речь идет о следственных действиях, производимых после возбуждения уголовного дела.

Как показывает практика, правоприменители в рассматриваемой ситуации оформляют осмотр жилища протоколом осмотра места происшествия, в котором указывается, что местом происшествия является жилище, и делается собственноручная запись жильцов о несогласии с проведением осмотра. Причем перед началом осмотра постановление следователя не выносится, а для проверки законности его производства в суд вместе с соответствующими уведомлением и протоколом направляются копии постановления о возбуждении уголовного дела (если к этому времени оно вынесено) и иных материалов. В судах произведенный в таком порядке осмотр признается соответствующим закону. Притом, что такой порядок производства осмотра не укладывается в рамки действующего УПК, следует признать, что до возбуждения уголовного дела он является единственно возможным способом сбора доказательств в жилом помещении, который позволяет добиться цели производства осмотра, не выходя при этом за пределы, формально допускаемые принципом неприкосновенности жилища. В этой связи считаем необходимым узаконить этот порядок, изложив формулировку, содержащуюся в ч. 2 ст. 176 УПК РФ, в следующей редакции:

**«2. В исключительных случаях, не терпящих отлагательства, осмотр места происшествия и осмотр жилища могут быть произведены до возбуждения уголовного дела».**

## Примечания

<sup>1</sup> УПК РСФСР не выделял осмотр жилища в самостоятельное следственное действие и не предусматривал для осмотра жилых помещений специальных правил его производства, отличных от осмотра иных помещений.

<sup>2</sup> См., напр.: Власенко, Н. Осмотр жилища / Н. Власенко, А. Иванов // Законность. — 2004. — № 11. — С. 25-27; Феоктистов, А. Осмотр места происшествия: уголовно-процессуальные проблемы / А. Феоктистов // Законность. — 2006. — № 2. — С. 30-31; Сусликов, А.Н. Осмотр жилища при проверке сообщения о преступлении / А.Н. Сусликов // Уголовный процесс. — 2007. — № 8. — С. 47-51; Белоусов, В. Осмотр места происшествия в жилище и осмотр жилища / В. Белоусов // Уголовный процесс. - 2005. — № 3. — С. 70-72; Лопаткина, Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища



ща в уголовном судопроизводстве / Н. Лопаткина // Российская юстиция. — 2002. — № 11. — С. 51-52; Смирнова, И.Г. Этические начала производства следственных действий, ограничивающих неприкосновенность жилища / И.Г. Смирнова // Адвокатская практика. — 2004. — № 4; Герасимова, Л.И. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий / Л.И. Герасимова // Адвокат. — 2005. — № 1; Феоктистов, А. Положения УПК об осмотре / А. Феоктистов // Законность. — 2007. — № 7 и др.

<sup>3</sup> Серебров, Д.О. Судебный контроль за законностью и обоснованностью следственных действий, ограничивающих конституционные права личности: дис. ... канд. юрид. наук / Д.О. Серебров. — Нижний Новгород, 2004. — С. 113.

<sup>4</sup> Баев, О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика / О.Я. Баев. - М., 2003. — С. 82. См. также: Баев, М.О. УПК РФ 2001: достижения, лакуны, коллизии: возможные пути заполнения и разрешения последних / М.О. Баев, О.Я. Баев. — Воронеж, 2002. — С. 34.

<sup>5</sup> Шевчук, А.Н. Глава 24. Осмотр. Освидетельствование. Следственный эксперимент / А.Н. Шевчук // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. Постатейный / под ред. Н.А. Петухова, Г.И. Загорского. — М.: ИКФ «ЭКМОС», 2002. — С. 323.

<sup>6</sup> Власенко, Н. Указ. соч. — С. 26.

<sup>7</sup> Сусликов, А.Н. Указ. соч. — С. 48.

<sup>8</sup> См.: Лопаткина, Н. Указ. соч. — С. 51; Смирнова, И.Г. Указ. соч. — С. 22; Герасимова, Л.И. Указ. соч. — С. 23; Власенко, Н. Указ. соч. — С. 27 и др.

<sup>9</sup> См.: Федоров, И.З. Применение в досудебных стадиях уголовного процесса конституционных норм, допускающих ограничение прав и свобод человека и гражданина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И.З. Федоров. — М., 1998. — С. 29.

<sup>10</sup> См.: Быков, В. О регламентации следственных действий / В. Быков, Н. Макаров // Российская юстиция. — 1998. — № 2. — С. 22-23.

<sup>11</sup> Герасимова, Л.И. Указ. соч. — С. 24.

<sup>12</sup> См.: Парфенова, М.В. Охрана конституционных прав подозреваемого и обвиняемого в досудебных стадиях уголовного процесса России: научно-методическое пособие / М.В. Парфенова; под ред. А.Б. Соловьева. — М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2004. — С.122; Серебров, Д.О. Указ. соч. — С. 18 — 19.

<sup>13</sup> Белоусов, В. Указ. соч. — С. 70.

<sup>14</sup> Там же. — С. 72. См. также: Криминалистика / Т.В. Аверьянова [и др.]; под ред. заслуженного деятеля науки Российской Федерации Р.С. Белкина. — М.: Норма, 2002. — С.551.

<sup>15</sup> Постановление Президиума Верховного Суда Республики Татарстан от 11 мая 2005 г. (извлечение) // Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2006. — № 1. — С. 31-32.

<sup>16</sup> Исаенко, В. Следственные действия и полномочия прокурора по надзору за ними / В. Исаенко // Законность. — 2003. — № 2. — С. 24.

<sup>17</sup> См.: Лопаткина, Н. Указ. соч. — С. 51-52; Власенко, Н. Указ. соч. — С. 25 и др.

<sup>18</sup> См.: Исаенко, В. Указ. соч. — С. 24; Герасимова, Л.И. Указ. соч. — С. 23 и др.

*И.Л. Бедняков\**

## **НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ОБЫСКА**

В процедуре обыска начальным элементом является предъявление постановления (судебного решения) о его производстве лицу, у которого он проводится, либо совершеннолетним членам его семьи (ч. 4 ст. 182 УПК РФ). Лицо может ознакомиться с постановлением путем личного прочтения либо оглашения его следователем. При возникновении у обыскиваемого каких-либо вопросов следователь должен разъяснить их ему. Это положение вытекает из закрепленного в ст. 11 УПК РФ принципа охраны прав и свобод человека и гражданина. Как следует из ч. 1 этой статьи, следователь обязан разъяснить участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечить возможность осуществления этих прав. Полагаем, что это законоположение относится не только к лицам, имеющим на момент производства обыска процессуальный статус. Аналогичная обязанность возникает у следователя и в том случае, если обыск производится у лица, не имеющего на момент его производства определенного процессуального положения. Кроме того, ст. 19 УПК РФ закрепляет право обжалования действий (бездействия) следователя (суда, дознавателя и т.д.), если лицо считает, что ими были затронуты его права и законные интересы.

В УПК РФ отсутствует указание на то, каким образом в материалах уголовного дела должен быть отражен факт ознакомления лица с постановлением о производстве обыска и необходимо ли вручать его

---

\* © Бедняков И.Л., 2009

*Бедняков Иван Львович* — аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета