

грамму деятельности органа, которому направляется это постановление для исполнения.

Данный орган осуществляет прослушивание и запись переговоров и передает фонограмму следователю, который, прослушивая ее и осматривая, составляет протокол, в котором избирательно фиксирует информацию.

Оценивая информацию, содержащуюся на фонограмме, следователь заносит в протокол только ту ее часть, которая, по его мнению, имеет отношение к делу.

В отличие от эксперта, который проводит исследование объектов и делает выводы, лицо, осуществляющее запись и контроль переговоров, только получает с помощью технических средств информацию и передает ее следователю, не делая каких-либо выводов.

### **Примечания**

<sup>1</sup> Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Юрлитинформ, 2001.

<sup>2</sup> Там же.

*С.В. Ефремова\**

### **Проблемы санкционирования прокурором решений о проведении следственных действий**

С утверждением судебного контроля за расследованием прокурорский надзор уже не является единственным средством обеспечения законности и обоснованности процессуальных действий органов расследования. Однако он не утратил своего значения как важнейшей процессуальной гарантии.

Определяя роль прокурора в уголовном процессе, УПК РФ обозначает его как должностное лицо, уполномоченное в пределах установленной УПК компетенции осуществлять от имени государства уголов-

---

\* © Ефремова С.В., 2005.

ное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного расследования (ч. 1 ст. 37). Таким образом, из положений УПК видно, что прокурор не превратился в одностороннего обвинителя, а сохранил предусмотренные Федеральным законом «О прокуратуре РФ» полномочия по осуществлению надзора за предварительным расследованием. Как отмечается в науке, непосредственная близость прокурора к органам расследования обеспечивает возможность постоянного и непрерывного наблюдения за деятельностью последних<sup>1</sup>.

И следователь, и прокурор новым УПК отнесены к участникам уголовного процесса на стороне обвинения. Выполняемая ими функция — это функция уголовного преследования. В соответствии с приказом Генерального прокурора РФ от 5 июля 2002 года «Об организации прокурорского надзора за законностью уголовного преследования в стадии досудебного производства» в досудебном производстве прокурор является руководителем уголовного преследования. Вместе с тем, содержание этого приказа, возлагающего на прокуроров конкретные обязанности, нацеливает их на обеспечение законности предварительного расследования, а следовательно, законности и обоснованности каждого следственного действия.

Следует отметить, что в период, предшествующий принятию УПК РФ, некоторые ученые считали, что функции надзора за законностью предварительного расследования и уголовного преследования несовместимы. Они утверждали, что осуществляющий уголовное преследование прокурор не может быть объективным органом надзора, так как «вынужден поддерживать следователя, за исключением тех вопиющих случаев, когда речь идет об открытом, грубом нарушении закона, которые нельзя скрыть... При возложении на прокурора ответственности за раскрытие преступлений и результативность расследования, его также надо освободить от надзорной функции и обязанности обеспечения прав участников процесса в традиционно специфическом понимании этого вопроса применительно к прокуратуре»<sup>2</sup>. Возражая против такого подхода, С.Н. Алексеев не без оснований полагает, что «право суда разрешать органам расследования в необходимых случаях производить действия, ограничивающие конституционные права и свободы личности, не тождественно обязанности обеспечить законность и обоснованность решения органа расследования о производстве такого действия. Эта обязанность по-прежнему остается за прокурором»<sup>3</sup>.

Несмотря на то, что следственные действия, сопряженные с ограничением конституционных прав и свобод личности, в силу прямого указания уголовно-процессуального закона (ст. 29 УПК) могут быть произведены только на основании судебного решения, это не должно рассматриваться как ликвидация прокурорского надзора за законностью и обоснованностью следственных действий<sup>4</sup>. Судебный контроль не заменил надзор прокурора, а дополнил систему процессуальных гарантий прав и свобод личности, в том числе при принятии решений о производстве ограничивающих эти права и свободы следственных действий. Как представляется, существующая сегодня процедура принятия решений о производстве таких следственных действий дает все основания утверждать, что прокурор не отстранен от этого решения. Обоснуем это утверждение.

В соответствии с п. 5 ч. 2 ст. 37 УПК РФ прокурор при производстве по уголовному делу уполномочен давать согласие дознавателю, следователю на возбуждение перед судом ходатайства о производстве процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения. Статья 165 УПК, устанавливающая порядок получения разрешения на производство следственного действия, говорит, что в случаях, предусмотренных п.4-9 и 11 части второй статьи 29, следователь с согласия прокурора возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, о чем выносит постановление. Формально дело выглядит таким образом, что ходатайство о производстве следственного действия выносит именно следователь, однако представляется, что это не совсем так. Для того чтобы ответить на вопрос о том, кто — следователь или прокурор — возбуждает перед судом ходатайство о производстве следственного действия, надо определиться, что является основанием для рассмотрения судом вопроса о возможности дачи такого разрешения. Иначе говоря, вправе ли следователь, минуя прокурора, самостоятельно обратиться к суду с ходатайством о разрешении на следственное действие? Ответ представляется очевидным: следователь вправе возбудить перед судом соответствующее ходатайство лишь с согласия прокурора. Это значит, что прежде, чем ходатайство следователя и материалы предварительного расследования, подтверждающие его обоснованность, станут предметом судебного рассмотрения, они должны пройти обязательный этап рассмотрения прокурором. Лишь при положительном решении прокурора возбужденное следователем ходатайство может быть направлено в суд. Таким образом, прокурор, давая свое согласие следователю, разрешает проведение следственного действия. Поэтому, хотя

и с определенной натяжкой, представляется возможным говорить, что он фактически санкционирует решение следователя и дает разрешение на обращение его в суд. С учетом сказанного некоторые авторы предлагали закрепить в УПК правило, согласно которому именно прокурор, а не следователь обращается в суд с ходатайством о разрешении на производство следственного действия<sup>5</sup>.

Изложенное означает, что в принятии решения о производстве следственного действия, ограничивающего конституционные права и свободы личности, участвуют три субъекта — следователь, прокурор и суд, каждый из которых выполняет свою роль в этом процессе. Следователь оценивает наличие оснований для производства соответствующего следственного действия и условий для достижения его целей. Хотя он выносит постановление лишь о возбуждении ходатайства о разрешении на производство следственного действия, именно это постановление констатирует наличие, по мнению следователя, фактических оснований для его производства.

Направление постановления прокурору порождает у того обязанность проверить законность и обоснованность этого решения. Прокурор не только изучает содержание постановления с точки зрения наличия законных оснований для производства следственного действия, но должен ознакомиться с теми материалами уголовного дела, которые подтверждают возможность достижения цели следственного действия и необходимость ограничения конституционных прав и свобод личности. Только согласившись с тем, что ограничение конституционных прав и свобод является неизбежным и необходимым для эффективного осуществления уголовного преследования, прокурор вправе дать свое согласие на направление этого ходатайства в суд<sup>6</sup>.

Таким образом, согласие прокурора на обращение следователя в суд с ходатайством о разрешении производства следственного действия выступает неперемennым условием и неотъемлемым атрибутом его процессуальной формы, хотя окончательное разрешение на их производство дает суд. При этом прокурор санкционирует не само следственное действие, а ходатайство органа расследования перед судом о его проведении. При санкционировании главным способом проверки законности и обоснованности производства следственного действия является тщательное ознакомление прокурора с материалами дела. Прокурор может санкционировать производство следственного действия только в том случае, если для этого имеются соответствующие основания. Изучение

прокурором материалов дела становится эффективнее и целенаправленнее в случае, если в постановлении о производстве следственного действия четко выделены основания и приведена обстоятельная мотивировка. Прокурору предоставляется возможность проследить ход рассуждения следователя, проверить правильность оценки имеющихся данных и обоснованность его вывода о необходимости производства следственного действия.

Исследование прокурором обоснованности производства следственных действий при их санкционировании не должно ограничиваться изучением материалов уголовного дела. Думается, что, признав постановление следователя недостаточно обоснованным, прокурор вправе дать ему указание о собирании дополнительных или проверке существующих данных, служащих основаниями для производства следственного действия.

Пункт 5 ч. 3 ст. 38 УПК РФ предусматривает, что в случае отказа прокурора в даче согласия на возбуждение перед судом ходатайства о производстве следственного действия, следователь вправе представить уголовное дело вышестоящему прокурору с письменным изложением своих возражений. Однако не совсем ясно, какое решение при этом должен принять вышестоящий прокурор. В соответствии с ч. 4 ст. 38 такой прокурор, признав указание нижестоящего прокурора необоснованным, отменяет его. Но рассматриваемая ситуация требует иного решения. По мнению В.В. Кальницкого, вышестоящий прокурор может дать испрашиваемое согласие или поручить, а если говорить точнее, приказать сделать это нижестоящему прокурору или передать дело другому следователю<sup>7</sup>. На наш взгляд, вопросу о гарантиях процессуальной самостоятельности следователя не следует придавать преувеличенного значения. При изучении уголовных дел нам не встретилось ни одного ходатайства органа расследования, по которому прокурором было отказано в даче согласия на обращение в суд. Такое положение может быть следствием двух причин: стопроцентного согласия прокурора с постановлениями следователя, что маловероятно, и согласование следователем своего решения с прокурором в неофициальной форме до вынесения постановления, что более вероятно. В последнем случае прокурор действительно дает свое согласие следователю каждый раз, когда последний выносит соответствующее постановление, однако и следователь выносит постановление лишь тогда, когда уже заручился согласием прокурора. Излишне говорить, что и случаев обращения следователей к вышестоящему прокурору нам не встретилось.

Изучение уголовных дел и беседы с практическими работниками, к сожалению, не дают оснований для оптимизма в оценке роли прокурора в решении этого вопроса. Многие следователи и прокуроры расценивают необходимость получения согласия прокурора на обращение в суд с ходатайством о проведении следственного действия как ненужную и обременительную формальность. Не признавая этого официально, в неофициальных беседах практические работники делятся опытом преодоления созданных для них законом трудностей. В частности, в ряде прокуратур практикуется изготовление бланков постановлений с ходатайством перед судом о производстве обыска, выемки с подписью и печатью прокурора на случай его отсутствия. Понятно, что формальное наличие подписи прокурора не способствует повышению обоснованности ходатайства органа расследования.

УПК не содержит нормы, определяющей процессуальную форму, в которой прокурор поддерживает ходатайство перед судом о проведении следственного действия или отказывает в этом. Однако из образцов бланков процессуальных документов, составляющих главу 57 УПК и обязательных для следователя и прокурора, видно, что согласие может быть выражено в виде резолюции на постановлении следователя (образцы бланков № 30, 81, 82), отказ же в согласии следует мотивировать развернутой резолюцией. Мотивировка убеждает следователя в правильности решения прокурора, показывает его ошибки и направления дальнейшей деятельности. Отказ в даче согласия на обращение с ходатайством в суд, по сути, равнозначен указаниям прокурора, которые, согласно закону, должны быть облечены в письменную форму. Письменная форма указаний прокурора, в которых он ссылается на материалы дела, дает возможность увидеть их обоснованность, проверить их выполнение<sup>8</sup>.

Отказ в согласии на возбуждение перед судом ходатайства равносителен отказу от производства следственного действия. Как представляется, мотивом отказа может послужить не только отсутствие оснований для производства следственного действия, но и отсутствие необходимости в его производстве, если, например, прокурор усмотрит, что искомая информация может быть получена другим путем, не требующим ограничения конституционных прав и свобод личности. Прокурор обязан отказать в своем согласии и ввиду выявления допущенных следователем нарушений уголовно-процессуального закона при вынесении постановления о возбуждении ходатайства.

Таким образом, соотношение ролей следователя и прокурора в принятии решения о производстве следственного действия выглядит следу-

ющим образом. Следователь возбуждает ходатайство о его производстве, а прокурор, убедившись в обоснованности его, своей резолюцией придает этому ходатайству допустимую форму, порождающую обязанность суда рассмотреть его.

Согласно ч. 5 ст. 165 УПК в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, а также личного обыска не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя без получения судебного решения. В этом случае следователь в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия уведомляет судью, прокурора о производстве следственного действия. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности решения о его производстве. Получив указанное уведомление, судья в срок не позднее 24 часов проверяет законность следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми.

Однако означает ли изложенное в ч. 5 ст. 165 УПК правило, что производство осмотра, обыска и выемки в жилище, личного обыска возможно не только без судебного решения, но и без санкции прокурора? Ответ должен быть положительным: в нетерпящем отлагательства случае невозможно бывает получить не только решение суда, но и согласие прокурора. К этому же выводу нас приводит и анализ взаимоотношений, возникающих при проведении данных следственных действий между следователем, прокурором и судом. Прокурор дает свое согласие не только на производство следственного действия, но и на обращение следователя в суд с ходатайством о его проведении. Если следователь, принявший решение о проведении следственного действия, не обращается за разрешением в суд, то и согласие прокурора ему не требуется.

Как видно из ч. 5 ст. 165 УПК, уведомление о произведенном осмотре, обыске, выемке в жилище направляется суду и прокурору. Такое же положение закреплено в бланке уведомления № 85. Становится неясным, с какой целью следователь уведомляет о произведенном действии прокурора. Должен ли прокурор проверить законность произведенного следственного действия одновременно с проверкой, производимой судьей, или до нее? Вправе ли прокурор признать произведенное следствен-

ное действие незаконным, а полученные в его ходе доказательства — недопустимыми?

Обязанность прокурора обеспечить законность при производстве предварительного расследования требует наделения его достаточными для выполнения этой задачи полномочиями. Поэтому следует признать, что получив уведомление о произведенном в неотложном порядке следственном действии, прокурор обязан проверить законность его проведения. Не случайно, вышеназванный приказ Генерального прокурора РФ от 5 июля 2002 года требует обеспечить немедленную проверку каждого случая проведения обыска или выемки в жилище без судебного решения, правовую оценку фактов незаконных обысков либо противоправного изъятия предметов, заведомо не относящихся к делу либо изъятых из оборота. Речь в данном случае, очевидно, идет о строгом соблюдении правил производства следственных действий, предусмотренных ст. 176, 177, 178, 180, 182, 183 и 184 УПК РФ. Наличие такого указания свидетельствует о том, что Генеральный прокурор считает надзор за законностью таких действий важнейшей обязанностью подчиненных ему прокуроров вне зависимости от последующего за этим судебного контроля.

Полагаем, что в этом случае в обязанности прокурора должно входить непосредственное изучение как постановления о проведении следственного действия, так и протокола, составленного следователем. Без изучения этих материалов прокурору трудно определить обоснованность решения о проведении следственного действия и его законность.

Закон не содержит указаний на право прокурора признать полученные органом расследования доказательства недопустимыми, представляя такое право суду. Однако в нем нет и запрета на совершение такого действия. Опираясь на положения УПК о законности предварительного расследования (ст. 7) и недопустимости использования для обоснования обвинения доказательств, полученных с нарушением требований уголовно-процессуального законодательства (ч. 1 ст. 75), следует прийти к выводу, что признание прокурором доказательства недопустимым не противоречит закону и не ущемляет ничьих интересов. Представляется, что прокурор вправе сформулировать свое решение по этому вопросу в любом письменном виде, например, в указаниях следователю о производстве дополнительных следственных действий ввиду недопустимости результатов предшествующих. Возможно решение этого вопроса при рассмотрении прокурором обвинительного заключения. Статья 221 УПК наделяет прокурора правом своим постановлением сокра-



тить составленный следователем список лиц, подлежащих вызову в суд, за исключением списка свидетелей со стороны защиты. Сокращение списка подлежащих вызову в суд свидетелей есть не что иное, как исключение из предстоящего судебного разбирательства доказательств – показаний этих свидетелей. Надо полагать, что такими основаниями как раз и является выявившаяся недопустимость доказательств. Не противоречит закону и высказанная В.В. Золотых рекомендация исключать недопустимые доказательства на более ранних этапах расследования<sup>9</sup>. Аналогичную рекомендацию в категорической форме содержит приказ Генерального прокурора РФ №31 «Об организации прокурорского надзора за предварительным следствием и дознанием», обязывающий прокуроров исключать из процесса доказывания доказательства, полученные с нарушением требований Конституции Российской Федерации, уголовно-процессуального законодательства (п. 1.14).

Рассмотренные обязанности по надзору за обеспечением законности и обоснованности следственных действий прокурор осуществляет при производстве всех действий, требующих предварительного либо последующего судебного контроля. Следует, однако, обратить внимание на то, что согласно ч. 3 ст. 183 УПК РФ, выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую законом тайну, производится следователем с санкции лишь прокурора. Если же для отыскания вышеперечисленных предметов или документов необходимо произвести обыск в учреждениях (организациях, предприятиях), то никакой санкции для этого, согласно действующему УПК РФ, не требуется. В УПК РФ следовало бы отразить старое правило, согласно которому обыск объектов, не являющихся жилищем, производится на основании постановления следователя, санкционированного прокурором. Законодатель напрасно, на наш взгляд, упразднил санкционирование прокурором обысков, проводимых вне жилища граждан. С 1 января 2004 года обыск в помещениях, не являющихся жилыми, производится следователем на основании своего постановления. Но и такой обыск существенно ограничивает законные интересы обыскиваемых физических и юридических лиц. Обыск, производимый в помещениях, занимаемых юридическими лицами, способен причинить вред интересам как юридического лица, так и его работников, а изъятие документов, компьютерных системных блоков может надолго парализовать работу организации. Таким образом, в этом случае следственное действие, не требующее судебного разрешения, необоснованно осталось и вне прокурорского надзора.

Что касается осмотра жилища против воли проживающих в нем лиц, то эта ситуация делает осмотр не терпящим отлагательств. Из п. 5 ст. 165 УПК следует, что в случаях, не терпящих отлагательств, осмотр проводится на основании одного лишь постановления следователя. И хотя осмотр сопряжен с вторжением в сферу интересов лиц, проживающих в жилище, следует ввиду неотложности осмотра считать нецелесообразным обращение следователя к прокурору за санкцией на его проведение. При таких обстоятельствах лица, осведомленные о предстоящем осмотре и не желающие, чтобы были обнаружены определенные факты, по логике вещей предпримут меры для их сокрытия. Промедление с осмотром может привести к отрицательным последствиям. Тем не менее бланк постановления о проведении такого осмотра за № 82 как раз и предусматривает получение согласия прокурора. С этим трудно согласиться, ибо такое требование может существенно снизить эффективность осмотра.

Но, к сожалению, и санкционирование прокурором следственного действия, как об этом свидетельствует практика, не всегда является эффективной гарантией против нарушения прав и законных интересов физических и юридических лиц. Так, по одному из уголовных дел, возбужденному СО при Ленинском РОВД г. Самары, в ходе обыска в офисном помещении юридического лица, руководители которого подозревались в мошенничестве, была изъята вся бухгалтерская документация и все электронные носители информации. В течение года в отношении изъятого производились разнообразные экспертизы, в конечном итоге уголовное дело было прекращено в связи с отсутствием состава преступления. Необоснованное, как было позднее выяснено, постановление о производстве обыска, как и постановление о возбуждении уголовного дела, было санкционировано прокурором<sup>10</sup>.

Утверждение прокурором постановления о производстве следственного действия должно, на наш взгляд, распространяться и на эксгумацию трупа. В ст. 29 УПК о судебном санкционировании этого действия ничего не сказано, очевидно потому, что вопрос об отнесении эксгумации трупа к самостоятельным следственным действиям является сомнительным<sup>11</sup>. Однако в ст. 178 УПК имеется упоминание о том, что если близкие родственники и родственники возражают против эксгумации, разрешение на ее проведение выдается судом. На наш взгляд, эксгумация трупа является тем действием, которое требует именно санкции прокурора, а не судебного разрешения. Как представляется, интересы близ-

ких родственников и родственников покойного, хотя и нуждаются в защите, не относятся к разряду конституционных.

## Примечания

<sup>1</sup> См.: Лазарева В.А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики: Дисс... д-ра. юрид. наук. Самара, 2000. С.135.

<sup>2</sup> Корнуков В.М. Обеспечение прав личности в состязательном уголовном процессе //Вестник СГАП. 2000. №2. С.7.

<sup>3</sup> Алексеев С.Н. Надзор за соблюдением прав и свобод участников уголовного процесса в системе конституционных гарантий прав и свобод человека и гражданина и полномочий прокурора (досудебные стадии): Дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2002. С.137.

<sup>4</sup> Хотя по мнению И.Л. Петрухина, прокурорский надзор распространяется теперь только на те следственные действия, которые проводятся без судебного решения. См.: Петрухин И.Л. Прокурорский надзор и судебная власть. М.: Изд-во «Перспект», 2001. С.40.

<sup>5</sup> См.: Яблоков В.А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С.13.

<sup>6</sup> Алексеев С.Н. Указ. соч. С.176.

<sup>7</sup> См.: Кальницкий В.В. Следственные действия. Омск: Изд-во Омской академии МВД, 2003. С.11. Аналогичное мнение высказывают и другие авторы. См., например: Семенцов В.А. Следственные действия: Учебное пособие. Екатеринбург: Изд-во Уральской государственной юридической академии, 2003. С.23.

<sup>8</sup> См.: Ковалев М.А. Прокурорский надзор за обеспечением прав личности при расследовании преступления. М., 1981. С. 155-156.

<sup>9</sup> См.: Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. М.: Изд-во «АСТ», 1999. С.231.

<sup>10</sup> Уголовное дело № 200208940. Архив Ленинского РОВД г. Самары. 2003.

<sup>11</sup> По справедливому мнению С.А. Шейфера, здесь отсутствует определяющий признак следственного действия - не происходит отражения доказательственной информации. Поэтому эксгумацию, по его мнению, следует рассматривать как техническую предпосылку осмотра трупа, судебно-медицинской экспертизы или предъявления для опознания. См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Юрлитинформ, 2001. С.57.