

УДК 343.13

**СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА
ОБЫСКА И ПОРЯДКА ЕГО ПРОВЕДЕНИЯ
В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ И ГЕРМАНИИ**

А. Н. Шамне

*Студент,
ORCID 0000-0002-1012-8257,
e-mail: antonsh97@gmail.com,
Волгоградский государственный университет,
г. Волгоград, Россия*

**COMPARATIVE LEGAL CHARACTERISTICS
OF THE SEARCH AND ITS PROCEEDINGS
IN RUSSIAN AND GERMAN CRIMINAL PRACTICE**

A. N. Shamne

*Student,
ORCID 0000-0002-1012-8257,
e-mail: antonsh97@gmail.com,
Institute of Law,
Volgograd State University,
Volgograd, Russia*

Abstract. The article analyzes the Criminal Procedural Codes provisions of the Russian Federation and the Federal Republic of Germany regulating the conducting of such investigative action as a search. The definitions of the «search» concept, presented in Russian and German criminal procedural legislation, are compared. The reasons for conducting the search are considered, similarities and differences in relation to determining the status of the subject who was searched are revealed. Search of dwelling is characterized, a comparative analysis of this investigative action membership, as well as the notion of «urgent cases» is given. Recommendations for improving the norms of the Russian Federation Criminal Procedure Code are proposed.

Keywords: criminal procedure code; search; search of dwelling; reasons for conducting a search; urgent cases.

В современный период развития государства и общества главной ценностью как российского, так и европейских государств, является человек, личность, ее права и свободы, что находит соответствующее отражение в законодательстве. Так, в Конституции РФ в главе 2 закреплены права и свободы человека и гражданина, которые защищаются государством. В правовом обществе, безусловно, главный акцент должен быть сделан не собственно на провозглашении ряда основополагающих прав и свобод человека, а на их соблюдении и защите. Особенно это касается таких прав, как неприкосновенность частной жизни и жилища, личная и семейная тайна, защита своей чести и

доброго имени (ст. 23, 25 Конституции РФ) и др.

При этом, как верно отметил А. В. Смирнов, наука уголовного процесса интернациональна. И хотя она развивается в различных странах, где действуют разные порядки уголовного процесса, его основные правовые институты часто имеют общее происхождение и сходное содержание. Поэтому достижения юридической мысли и законодательства в других государствах, отдельные зарубежные формы и институты могут успешно восприниматься на отечественной почве и нуждаются в изучении, впрочем так же, как имеющиеся там недостатки [8, с. 34].

Общеизвестно, что любое государство в силу своих властных полномочий может

ограничивать права человека и свободы человека и гражданина, но только в установленных законом случаях. Такое ограничение возможно лишь с определенной целью – защита интересов государства и общества, отдельного человека.

В рамках обозначенной темы исследования представляется актуальным рассмотреть вопрос о сущности и процессуальном порядке производства такого следственного действия, как обыск, несомненно, затрагивающего важные личные интересы человека. Известный российский юрист и блестящий судебный оратор А. Ф. Кони в одной из своих речей отметил, что обыски «до такой степени вносят смуту в жизнь частного человека и в отношении к нему окружающих, что должны быть предпринимаемы с особенной осторожностью» [4, с. 606–607].

Правовое понятие "обыск" в силу своей значимости и востребованности в уголовном процессе находит закрепление в уголовно-процессуальных кодексах многих государств. И здесь можно отметить мнение Л. В. Майоровой, обоснованно полагающей, что многие положения УПК РФ нуждаются в уточнении и, что более серьезно, в переосмыслении. Поэтому изучение иностранного опыта, обращение к сравнительному праву способствует гармонизации и унификации норм внутреннего права, оказывает влияние на содержание как теории, так и практики [5, с. 5].

В связи с этим представляется целесообразным дать сопоставительно-правовую характеристику понятия обыска применительно к уголовному процессу России и Германии, поскольку после второй мировой войны Германия накопила достаточно большой опыт в сфере охраны прав и свобод человека и гражданина. В рамках статьи остановимся на отдельных аспектах сущности обыска и порядка его производства применительно к обыску жилища с целью установления сходства и различий в уголовном процессе названных государств.

Известный специалист в области российского уголовного процесса С. А. Шейфер дает следующее определение обыска: «обыск это основанное на наблюдении и осуществляемое с соблюдением установленной законом процедуры принудительное обследование помещений, жилища и иных мест, отдельных граждан с целью отыскания и изъятия вещественных доказательств, документов и ценностей, имеющих значение для дела, а также разыскиваемых лиц и трупов» [9, с. 367]. Частью 2 ст. 29 УПК РФ определено, что только суд правомочен принимать решение о производстве обыска в жилище.

В УПК ФРГ определения обыска не дается. Обращение к соответствующей юридической литературе позволяет говорить о сложившемся обобщенном подходе к данному понятию. Так, В. Бойльке пишет: «Обыск – это поиск людей, доказательств, а также предметов, которые подлежат изъятию. Объектом обыска могут выступать квартиры, другие помещения (в том числе обыск в квартире), движимые вещи, а также сами люди. В зависимости от лица, в отношении которого осуществляется обыск (подозреваемое или др.), для правомерности проведения обыска выделяют специальные требования» [2, с. 153–154].

Следует особо подчеркнуть, что Конституция ФРГ, декларируя право на неприкосновенность жилища, вводит отдельно положение об обыске с целью обоснования возможности (при необходимости) ограничения данного права: "(2) Обыски могут производиться только по распоряжению судьи, а в случаях, не терпящих отлагательства, также по распоряжению других предусмотренных законом органов и только в установленном законом порядке" (ст. 13).

Как видно из приведенных определений, в трактовке сущности обыска в России и Германии имеется немало общего.

Рассмотрим такой важнейший аспект обыска, как основание его проведения. В

ч. 1 ст. 182 УПК РФ в качестве основания производства обыска (независимо от его вида) приводится "наличие достаточных данных полагать, что в каком-либо месте или у какого-либо лица могут находиться орудия, оборудование или иные средства совершения преступления, предметы, документы и ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела".

Не все ученые согласны с приведенной формулировкой. Так, И. А. Мисюта считает, что слово "данные" является слишком расплывчатым и предлагает использовать вместо него термин "доказательства" [6]. Однако мы позволим себе не согласиться с автором, поскольку "доказательство" предполагает уже некий результат, подтверждение. А в случае с обыском это может быть только предположение (хотя оно тоже, безусловно, чем-то подтверждено), которое по результатам обыска может стать доказательством.

С. А. Шейфер говорит о фактических основаниях обыска, под которыми понимается совокупность сведений, позволяющих выдвинуть обоснованное предположение о местонахождении искомых объектов. Точных (достоверных) данных об этом закон не требует. Данными, обосновывающими решение об обыске, являются имеющиеся в деле доказательства [9, с. 368].

УПК ФРГ различает основания обыска в зависимости от вида субъекта, у которого проводится обыск:

1) применительно к обыску вещей и помещений *обвиняемого* допускаются не жесткие основания: достаточным является наличие «простого» первичного подозрения; в отношении наличия оснований для предположения, что в помещениях могут быть найдены доказательства, также не предъявляется особо жестких требований (§ 103);

2) обыск у *других лиц* предполагает уже более "жесткие" основания. здесь недостаточно предположений, должны быть факты, на основании которых можно сде-

лать вывод о том, что разыскиваемое лицо, следы преступления или предмет находится в помещении, в котором должен быть произведен обыск (§ 103);

3) обыск у *подозреваемого* – основанием является наличие подозрения, предположения о том, что он является исполнителем или участником преступного деяния, или пособником, или препятствует отправлению правосудия, или подозревается в укрывательстве (§ 102).

Итак, сопоставляя такой аспект изучаемого понятия, как основания проведения обыска, можно сделать следующий вывод. УПК РФ содержит общую формулировку оснований независимо от вида обыска. УПК ФРГ, напротив, различает в рамках оснований предположения (первичные), а также конкретные факты.

В данном случае наблюдается разграничение статуса субъекта: *обвиняемый, подозреваемый, другое лицо*. Тем самым демонстрируется "осторожный" подход к личной сфере (только "подозреваемый" или уже "обвиняемый"), что вполне объяснимо давней исторической традицией защиты частной собственности, тайны личной жизни.

Рассмотренные основания относятся и к обыску жилища. Само понятие жилища определено в УПК РФ следующим образом: "жилище – индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания" (п. 10 ст. 5).

В уголовно-процессуальном праве Германии данное определение приводится не в тексте УПК, а в решениях соответствующих федерального суда, земельных судов. Приведем наиболее часто используемое в юридической литературе определение: помещения, которые подозревае-

мый действительно занимает, при этом неважно, является ли это правомерным или неправомерным, является ли он единоличным владельцем или совладельцем и распространяется ли на него право неприкосновенности жилья [10, с. 529].

Причем обычно подчеркивается, что понятие "жилище" следует, в соответствии с Конституцией ФРГ, толковать широко, в частности, данное понятие может также обозначать наряду с частным жильем рабочие, производственные, служебные помещения, больничную палату, а также помещения, которые используются единолично или совместно только временно (служебные помещения, номера в гостинице), автокемперы и жилые прицепы-кемперы, но не автомобили. Постановление об обыске жилья квартиры, находящейся в совместном пользовании группы жильцов не означает обыск комнат других проживающих, против которых нет подозрения; понятие жилье в данном случае следует распространять исключительно на жилую площадь конкретного подозреваемого. Скваттеры (те, кто незаконно завладели домом) также подпадают под действие § 102 УПК ФРГ в случае использования ими данного помещения в течение длительного времени [10, с. 529]. Таким образом, в силу сложившейся традиции и национально обусловленного понимания собственности (в том числе недвижимости), определение жилища в Германии носит более широкий характер.

В качестве формального основания обыска жилища выступает: в УПК РФ – судебное решение (п. 5 ч. 2 ст. 29), в исключительных случаях, не терпящих отлагательства, – постановление следователя или дознавателя без судебного решения (п. 5 ст. 165); в УПК ФРГ – судебное решение, а в случаях, не терпящих отлагательства, – постановление прокуратуры и лиц, производящих расследование по поручению прокуратуры ((1) § 105). В дан-

ном случае наблюдаются некоторые отличия, в частности заметна большая роль прокуратуры в принятии решения в уголовном процессе Германии.

Отдельно хотелось бы остановиться на таком понятии, как *случаи, не терпящие отлагательства*. Ни УПК РФ, ни УПК ФРГ разъяснения таким случаям не дают. Однако, в УПК РФ в п. 19 ст. 5 дается понятие неотложных следственных действий, под которыми понимаются действия, осуществляемые после возбуждения уголовного дела в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования. А в русском языке термины «неотложный» и «не терпящий отлагательства» являются синонимами [7, с. 260].

В законодательных актах Германии не дается перечисление случаев, которые не терпят отлагательства, но приводится их толкование. В Германии, как известно, распространено законодательство земель, которое опирается на федеральное законодательство (но в то же время и уточняет его). В Законе о полиции г. Бремен находим следующее определение случаев, не терпящих отлагательства: "это такое положение дел, при котором последствия опасной ситуации уже начали проявляться (букв.: "вредного события"), или с абсолютной уверенностью начнутся в самое ближайшее время" (п. 3b § 2) [11].

Общим в приведенных толкованиях для сопоставляемых стран выступает наличие непосредственной определенной конкретной опасности, угрозы.

При обыске в жилище на законодательном уровне определяется также состав участников. В российском уголовном процессе – это лицо, в помещении которого проводится обыск (вправе присутствовать также защитник и адвокат того лица, в помещении которого производится обыск), либо совершеннолетний член его семьи (п. 11, ст. 182 УПК), обязательные

участники – понятые (п. 1. ст. 170 УПК); могут привлекаться сотрудники органа дознания (ч. 7 ст. 164 УПК). В УПК РФ не регулируется вопрос о том, как быть в случае отсутствия лица, помещение которого обыскивают, либо совершеннолетнего члена его семьи. На практике обычно руководствуются старой нормой УПК РСФСР 1960 г., согласно которой в данном случае должны присутствовать представитель жилищно-управляемой компании, сельской или поселковой администрации.

В германском уголовном процессе участники обыска жилища – судья или прокурор, если их нет, то (при возможности) – чиновники или два члена общины, на территории которой производится обыск (они не должны быть полицейскими или лицами, производящими расследование по поручению прокуратуры) ((2) § 105); может присутствовать владелец помещения, в случае его отсутствия следует (при возможности) привлечь его представителя или взрослого члена его семьи, товарища по совместному проживанию или соседа ((1) § 106).

Таким образом, состав участников имеет отличия, при этом в германском уголовном процессе наблюдается меньше императивности.

Отдельного внимания заслуживает такой аспект обыска жилища, как время его проведения.

В УПК ФРГ присутствует отдельная статья (§ 104), которая запрещает проводить обыск в жилище в ночное время, за исключением следующих случаев (однако это не относится к помещениям, к которым каждый имеет доступ в ночное время): 1) преследование по горячим следам, 2) в случаях, не терпящих отлагательства, 3) для повторного задержания заключенного, совершившего побег. Ночной период определяется с первого апреля до тридцатого сентября как промежуток времени с 9 часов вечера до 4 часов утра, с первого ок-

тября до тридцатого марта – с 9 часов вечера до 6 часов утра (§ 104).

В УПК РФ отсутствует отдельная статья применительно к обыску в ночное время. Однако в рамках ст. 164, закрепляющей общие правила проведения следственных действий, в п. 3 указано, что производство следственного действия в ночное время не допускается, за исключением случаев, не терпящих отлагательства. Ночное время определяется независимо от летнего / зимнего периода как "промежуток времени с 22 до 6 часов по местному времени" (п. 21 ст. 5 УПК РФ).

Итак, рассмотренное нами процессуальное действие – обыск жилища – является, как мы уже отмечали, вторжением в личное пространство человека и, соответственно, безусловным фактом ограничения его прав и свобод. Именно поэтому данное действие требует особой тщательности и, следовательно, дальнейшего теоретического осмысления. Приведем свои предложения.

1. Особое внимание следует уделять основаниям проведения данного следственного действия. В этой связи возможно учесть опыт Германии применительно к характеристике статуса субъекта, жилище которого подвергается обыску, и в рамках основания "достаточно данных полагать" разграничить "достаточно первичных предположений полагать" (для обвиняемого) и "достаточно конкретных фактов полагать" (для подозреваемого). Такое разграничение будет более четко определять степень ограничения личных прав и свобод.

2. В отечественной судебной практике наблюдается большое количество дел в рамках статьи 182 УПК РФ (см.: правовые порталы "Судебные и нормативные акты РФ" и "РосПравосудие"). Приведем пример: заявитель *ФИО* обратилась в Центральный районный суд г. Волгограда с жалобой, в которой указывала на нарушение проведения обыска в ее квартире, в частности – отсутствие адвоката при

обыске, отсутствие со стороны официальных органов предложения выдать подлежащее изъятию до обыска, присутствие детей и др. [1]. Аналогичных примеров можно привести достаточно много, что говорит о целесообразности конкретизации теории.

В уголовном процессе Германии исследуемые моменты конкретизируются, уточняются на уровне земельного законодательства (мы уже говорили об особенностях законодательства в Германии – федеральное и земельное), однако Россия имеет другую законодательную систему. Поэтому предлагаем:

1) применительно к составу участников рассматриваемого следственного действия – дополнить соответствующую статью УПК РФ положением о том, чем конкретно следует руководствоваться в случае отсутствия при обыске лица, в жилище которого производится обыск, либо совершеннолетнего члена его семьи, и в случае невозможности присутствия адвоката;

2) отдельно сосредоточить внимание на проблеме осведомленности лица, у которого производится обыск. Как свидетельствует практика, зачастую это лицо ничего не знает о своих правах и обязанностях.

3. Следует также конкретизировать норму, касающуюся случаев, не терпящих отлагательства, о чем говорят многие ученые-юристы, поскольку зачастую на практике наблюдаются злоупотребления в данной сфере. Например, в январе 2018 г. на пресс-конференции председатель Набережночелнинского городского суда Ринат Гайфутдинов отметил, что сотрудниками правоохранительных органов в прошлом году без постановления суда было проведено более 500 обысков, и не все они были признаны законными, цитата: "С этим мы боремся. Закон говорит, что проведение обыска в жилище – это уже само по себе исключительная ситуация. Поэтому и прописано, что он может проводиться только

на основании судебного решения. А без него – только в исключительных случаях. Мы постоянно поднимаем этот вопрос на всех совещаниях» [3].

Полагаем: будет целесообразным в рамках УПК РФ более подробно квалифицировать данные случаи, хотя, безусловно, здесь существуют определенные трудности, ведь перечислить все такие случаи в каждом конкретном деле не представляется возможным, однако можно дать их описание через определяющие признаки (поступившая информация конкретной опасности наступления чего-либо, угроза и др.).

Предлагаемые меры во многом будут способствовать дальнейшему совершенствованию отечественного законодательства, более последовательному соблюдению принципа защиты прав и свобод человека.

Библиографический список

1. Апелляционное постановление № 22К-423/2015 от 4 февраля 2015 г. по делу № 22К-423/2015 [Электронный ресурс] // Судебные и нормативные акты РФ. – Режим доступа: <http://sudact.ru/regular/doc/K26uDP9TWGJm/> (дата обращения 28.02.2018).
2. Бойльке Вернер. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник, 6-е изд., с доп. и изм. / Пер. с нем. Я. М. Плошкиной; под ред. Л. В. Майоровой. – Красноярск: РУМЦ ЮО, 2004. – 352 с.
3. Гайфутдинов Р. Обыск в жилище без постановления суда – исключительный случай // «БИЗНЕС Online»: деловая электронная газета Татарстана. – Режим доступа: <https://www.business-gazeta.ru/article/370022> (дата обращения 28.02.2018).
4. Кони А. Ф. По делу Ольги Палем, обвиняемой в убийстве студента Довнара (Кассационное заключение) // А. Ф. Кони. Избранные произведения в 2-х т. – Т. 1. – С. 568–608.
5. Майорова Л. В. Предисловие к русскому изданию // Бойльке Вернер. Уголовно-процессуальное право ФРГ : учебник, 6-е изд., с доп. и изм. / пер. с нем. Я. М. Плошкиной; под ред. Л. В. Майоровой. – Красноярск: РУМЦ ЮО, 2004. – 352 с.
6. Мисюта И. А. Регулирование производства обыска и выемки в иностранных государствах (на примере Франции, Германии, Великобри-

- тании и США) // Библиотека криминалиста. Научный журнал. – М., 2015. – № 3 (20). – С. 328–332.
7. Словарь русских синонимов и сходных по смыслу выражений / под ред. Н. Абрамова. – М.: Русские словари, 1999. – 431 с.
 8. Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс: Учебник для вузов / под общ. ред. А. В. Смирнова. 2-е изд. – СПб.: ИД "Питер", 2014. – 336 с.
 9. Шейфер С. А. Следственные действия // Уголовный процесс: учебник для бакалавров / отв. ред. проф. А. П. Кругликов. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. – С. 349–403.
 10. Strafprozessordnung von Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Heiko Ahlbrecht, Jürgen Brauer, Hans-Joachim Kurth. – C.F. Müller GmbH, 2012. – 2845 s.
 11. Bremisches Polizeigesetz [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.69192.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d (дата обращения 27.02.2018).
- Bibliograficheskiy spisok**
1. Apellyacionnoe postanovlenie № 22K-423/2015 ot 4 fevralya 2015 g. po delu № 22K-423/2015 [E`lektronny`j resurs] // Sudebny`e i normativny`e akty` RF. – Rezhim dostupa: <http://sudact.ru/regular/doc/K26uDP9TWGJm/> (data obrashheniya 28.02.2018).
 2. Bojl`ke Verner. Ugolovno-processual`noe pravo FRG: Uchebnik, 6-e izd., s dop. i izm. / Per. s nem. Ya. M. Ploshkinoj; pod red. L. V. Majorovoj. – Krasnoyarsk: RUMCz YuO, 2004. – 352 s.
 3. Gajfutdinov R. Oby`sk v zhilishhe bez postanovleniya suda – isklyuchitel`ny`j sluchaj // «BIZNES Online»: delovaya e`lektronnaya gazeta Tatarstana. – Rezhim dostupa: <https://www.business-gazeta.ru/article/370022> (data obrashheniya 28.02.2018).
 4. Koni A. F. Po delu Ol`gi Palem, obvinyaemoj v ubijstve studenta Dovernara (Kassacionnoe zaklyuchenie) // A. F. Koni. Izbranny`e proizvedeniya v 2-x t. – T. 1. – S. 568–608.
 5. Majorova L. V. Predislovie k russkomu izdaniyu // Bojl`ke Verner. Ugolovno-processual`noe pravo FRG : uchebnik, 6-e izd., s dop. i izm. / per. s nem. Ya. M. Ploshkinoj; pod red. L. V. Majorovoj. – Krasnoyarsk: RUMCz YuO, 2004. – 352 s.
 6. Misjuta I. A. Regulirovanie proizvodstva oby`ska i vy`emki v inostranny`x gosudarstvax (na primere Francii, Germanii, Velikobritanii i SShA) // Biblioteka kriminalista. Nauchny`j zhurnal. – M., 2015. – № 3 (20). – S. 328–332.
 7. Slovar` russkix sinonimov i sxodny`x po smy`slu vy`razhenij / pod red. N. Abramova. – M.: Russkie slovari, 1999. – 431 s.
 8. Smirnov A. V., Kalinovskij K. B. Ugolovny`j process: Uchebnik dlya vuzov / pod obshh. red. A. V. Smirnova. 2-e izd. – SPb.: ID "Piter", 2014. – 336 s.
 9. Shejfer S. A. Sledstvenny`e dejstviya // Ugolovny`j process: ucheb-nik dlya bakalavrov / отв. red. prof. A. P. Kruglikov. – М.: Norma: INFRA–М, 2015. – С. 349–403.
 10. Strafprozessordnung von Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Heiko Ahlbrecht, Jürgen Brauer, Hans-Joachim Kurth. – C.F. Müller GmbH, 2012. – 2845 s.
 11. Bremisches Polizeigesetz [E`lektronny`j resurs]. – Rezhim dostupa: https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.69192.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d (data obrashheniya 27.02.2018).

© Шамне А. Н., 2018.