

УДК 343.132

DOI 10.36511/2078-5356-2019-3-177-182

Шаров Виктор Иванович
Victor I. Sharov

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры математики, информатики и информационных технологий

Нижегородская академия МВД России (603950, Нижний Новгород, Анкудиновское шоссе, 3)

doctor of sciences (law), professor, professor of department of mathematics, informatics and information technologies

Nizhny Novgorod academy of the Ministry of internal affairs of Russia (3 Ankudinovskoye shosse, Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603950)

E-mail: v-i-sharov@rambler.ru

Контроль и запись переговоров как следственное действие и как оперативно-разыскное мероприятие

Control and record of negotiations as investigations and operational search event

Проводится анализ статьи 186 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации «Контроль и запись переговоров» и оперативно-разыскного мероприятия «Прослушивание телефонных переговоров», выделяются их общие черты. Делается вывод, что между ними нет существенных различий и идет перенос оперативно-разыскного мероприятия в уголовный процесс в качестве следственного действия как по логике построения, так и по субъекту его осуществления (оперативные подразделения) и методу проведения (негласно). Предлагается три варианта развития процессуального законодательства, шире использующего возможности оперативно-разыскной деятельности в доказывании по уголовным делам.

Ключевые слова: уголовный процесс, оперативно-разыскная деятельность, контроль и запись переговоров, прослушивание телефонных переговоров.

In the article the analysis of article 186 of the criminal procedure code of the Russian Federation "Monitoring and recording of conversations" and operational search event "Listening to telephone conversations" are their common features. It is concluded that there are no significant differences between them and there is a transfer of operational search event in the criminal process as an investigative action, as the logic of construction, so the subject of its implementation (operational units) and the method of (behind the scenes). Three options three options for the development of procedural legislation, wider use of operational and search activities of proof in criminal cases.

Keywords: criminal procedure, operational and search activities, monitoring and recording of conversations, wiretapping.

Часто отмечается, что немало оперативно-разыскных мероприятий (далее — ОРМ) зеркально отображают соответствующие следственные действия, например, такую пару образуют опрос-допрос, обыск-осмотр, экспертиза-исследование. Эта «зеркальность» представляет собой вполне объективную реальность и даже необходимость отечественного законодательства и правоохранительной практики. Определяется она наличием оперативно-разыскной деятельности (далее — ОРД), специ-

альной системы деятельности, направленной на выявление и раскрытие преступлений, осуществляющей систему специальных гласных и негласных мер и предшествующей или сопровождающей (обеспечивающей) расследование. Очевидно, что в процессе ОРД также возникает необходимость получения информации приемами, известными в процессуальной деятельности, использовать те же познавательные методы, отличающиеся не по сути, а по форме их реализации.

© Шаров В.И., 2019

Однако множественность средств создает их конкуренцию. Реальность такова, что следователь нередко вынужден идти за оперативным работником, закрепляя процессуальным путем уже полученные ранее сведения, преобразуя их в доказательства. Практика ищет пути упрощения, устранения определенной избыточности в деятельности по выявлению, раскрытию и расследованию преступлений, предоставления материалов напрямую, минуя несомненно «лишние» следственные действия. Но это удается далеко не всегда, и мы видим многочисленные допросы следователя уже ранее опрошенных лиц, выемку у оперативного работника ранее изъятых им предметов и документов и т. д. Все это рассматривается как получение доказательств. По сути, просто процессуальным путем сведения, данные, предметы, уже полученные правоохранителями, переводятся в сферу уголовного процесса в новом качестве — как доказательства. Налицо преобладание удостоверительной деятельности следователя над познавательной. Форма начинает преобладать над содержанием, что позволяет нам сделать вывод, что уголовный процесс очень расточительно использует имеющиеся в распоряжении силы, повторяя практически одни и те же действия, тем самым познавая уже известное.

Ученые сделали множество предложений по поводу гармонизации уголовного процесса, но законодатель не стремится принимать кардинальные меры, то ли полагая, что определенная конкуренция средств доказывания благоприятна для расследования, то ли просто считая пагубным использовать результаты ОРД в доказывании, поскольку ОРД может превратиться в некое негласное расследование, что явно не соответствует современной правовой доктрине, отстаивающей гласность и публичность уголовного процесса.

Наиболее ярко существующее состояние дел демонстрируют статья 186 УПК РФ «Контроль и запись переговоров» и ОРМ «Прослушивание телефонных переговоров», где указанная ранее «двойственность» доведена до крайности, поскольку максимально сближает следственное действие с аналогичным ОРМ.

Следственное действие, регламентированное статьей 186, представляет собой контроль и запись телефонных и иных переговоров подозреваемого, обвиняемого и других лиц при наличии достаточных оснований полагать, что они имеют значение для уголовного дела. Оно обладает существенной особенностью: это опосредованное знание, которое получает не сам следователь, а иное лицо по его поручению.

Примером использования в доказывании опосредованного знания выступает судебная экспертиза, состоящая из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла, то есть знаний, не доступных самому следователю.

Но, несмотря на то, что знание получается в результате исследований эксперта, это следственное действие в целом все же проводит следователь. Он назначает экспертизу, оценивает ее результаты, предоставляет эксперту материалы, то есть осуществляет все то, что понимается под производством следственного действия. Эксперт же лишь производит исследование, в ходе которого получает ответы на поставленные следователем вопросы. То есть в экспертизе следователь принимает активное участие, регулирует его ход, как отмечает С.А. Шейфер, предоставленные следователю права дают ему возможность, не подменяя эксперта, управлять его деятельностью [1, с. 10].

В случае судебной экспертизы уголовно-процессуальное законодательство предлагает ряд мер по проверке следователем хода и результатов исследования. Это присутствие следователя при производстве судебной экспертизы (ст. 197 УПК РФ), право подозреваемого ознакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, присутствовать при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту, знакомиться с заключением эксперта (ст. 198 УПК РФ). К таким же средствам, на наш взгляд, следует отнести и возможность допроса эксперта согласно статье 205 УПК РФ; обязательное предъявление следователем заключения эксперта подозреваемому, обвиняемому, его защитнику; право стороны защиты ходатайствовать о назначении дополнительной либо повторной судебной экспертизы (ст. 206 УПК РФ). Важно и то, что при проведении судебной экспертизы обеспечивается повторяемость результатов, чему служит институт повторной экспертизы, назначаемой в порядке статьи 207 УПК РФ. Причем пленум Верховного Суда Российской Федерации в постановлении от 21 декабря 2010 года № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» подчеркивает «...что заключение эксперта не имеет заранее установленной силы, не обладает преимуществом перед другими доказательствами и, как все иные доказательства, оценивается по общим правилам в совокупности с другими доказательствами» [2]. Учитывая при этом, что следователь назначает

экспертизу, собирает объекты для экспертного исследования, предлагаемые законом меры представляются вполне достаточными для обеспечения достоверности результатов судебной экспертизы.

Заметим, что меры обеспечения достоверности результатов предусмотрены и для контроля и записи переговоров. Так, согласно части 6 статьи 186 УПК РФ фонограмма передается следователю в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны даты и время начала и окончания записи указанных переговоров и краткие характеристики использованных при этом технических средств. И хотя эти меры не полны, поскольку закон не требует указывать лицо, производившее контроль и запись переговоров, некоторые детали (время, примененные средства) можно в последующем проверить.

Кроме того, следователь в течение всего срока производства контроля и записи телефонных и иных переговоров вправе в любое время истребовать от органа, их осуществляющего, фонограмму для осмотра и прослушивания. Предусмотрен и механизм приобщения материалов к уголовным делам, включающий осмотр и прослушивание фонограммы следователем с участием специалиста и лиц, чьи разговоры записаны. По результатам прослушивания предусмотрено составление протокола. Зафиксирована и часто применяемая оперативными сотрудниками процедура — дословное изложение наиболее важных фрагментов разговора (ч. 7 ст. 186 УПК РФ).

Заметим, что изложенные удостоверительные процедуры весьма ограничены по своим возможностям. Так, в случае, когда записываются разговоры двух соучастников преступления, довольно трудно предположить, что они подтвердят правильность фонограммы, скорее наоборот, они будут утверждать о ее фальсификации.

Предпринятый экскурс в процессуальное регулирование судебной экспертизы и контроля и записи переговоров показывает, что общего в этих следственных действиях достаточно мало, несмотря на то, что в обоих случаях требуются определенные специальные знания и использование технических средств. Это определяется разным характером действий: при контроле переговоров не делается никаких выводов, не производится исследований, а только происходит фиксация определенных сведений с использованием специальных технических средств.

Однако самым принципиальным отличием выступает негласный характер действий, пред-

усмотренных статьей 186 УПК РФ. Прослушивание переговоров подозреваемого проводится в тайне от него, иначе оно теряет всякий смысл. Это также существенно отличает его от той же экспертизы, которая характеризуется гласным характером деятельности, как в порядке ее назначения, производства, так и в ознакомлении с ее результатами.

Гласность выступает гарантией достоверности всех процессуальных действий. А в случае исключения возможных разночтений и конфликтов следственные действия проводятся даже с участием понятых, контролирующих его ход и результаты. В настоящее время начинает применяться еще один институт обеспечения достоверности проведения следственных действий — фиксация их хода с помощью средств видеозаписи. Но и в этом случае речь ни в коей мере не идет о негласном характере действий.

Еще одно замечание появляется, если считать следственными действиями такие, которые проводятся самим следователем, и доказательства получают именно им на основе непосредственного восприятия информации. Как указывает С.А. Шейфер, иная трактовка следственного действия «размывает это понятие и позволяет считать следственным действием любой канал поступления в уголовный процесс доказательственной информации» [3, с. 12].

Особенность контроля и записи переговоров как следственного действия состоит в том, что оно не починается и этому принципу. Оно не проводится непосредственно следователем, его исполнение поручается специальному субъекту — оперативным техническим подразделениям органов внутренних дел.

Это разрушает, как правильно указывает С.А. Шейфер в цитируемой ранее статье, систему следственных действий и логику построения процессуальных средств доказывания. Поэтому оптимальным было бы все же привести следственные действия УПК РФ в строгую систему, подчиняющуюся одной логике. Иначе нам представляется, что статья 186 УПК РФ выглядит как заплатка, поставленная в УПК РФ для предоставления новых возможностей доказывания в условиях развития научно-технического прогресса.

Однако заметим, что проведение действий, не связанных с непосредственным исследованием источников информации и следов следователем, не является препятствием считать полученные сведения доказательствами. Так, следователь может направить требования, поручения, запросы, обязательные для ис-

полнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами, в пределах полномочий, установленных УПК РФ (ч. 4 ст. 21). Но эти действия, являясь процессуальными, не состоят в соответствии с УПК РФ в перечне следственных действий. А контроль переговоров выступает регламентированным УПК РФ следственным действием, хотя, по всей видимости, по своей организации практически не отличается от запроса в соответствующий орган.

По существу, в случае статьи 186 УПК РФ идет прямой перенос ОРМ в уголовный процесс в качестве следственного действия как по субъекту его осуществления (оперативные подразделения), так и по методу его проведения (негласно). Как указывается, между следственным действием согласно статье 186 и соответствующим ОРМ «...нет принципиальных различий, поскольку само техническое осуществление прослушивания и звукозаписи производится оперативными подразделениями технической разведки... в условиях конспирации, то есть оперативно-розыскными средствами» [4].

Итак, следственным действием контроль и звукозапись переговоров быть не должны. В этих условиях вполне логично выглядят три варианта развития действующего законодательства.

1. В современном процессуальном праве созревает идея негласных следственных действий [5]. Она нашла свое воплощение в законодательстве ряда стран постсоветского пространства. Это особенные следственные действия, факт проведения которых остается в тайне. В УПК РФ они вводятся отдельным разделом, определяются также основания и условия их проведения, которые отличаются от обычных следственных действий.

Фактически же речь идет о введении ОРМ в систему следственных действий, что делает их легитимными с точки зрения УПК РФ и позволяет использовать их результаты в доказывании.

По этому поводу высказаны разные точки зрения как за, так и против. Однако введение системы негласных следственных действий еще в большей степени нарушает логику средств доказывания, построенную в УПК РФ, что требует еще и иных перестроений уголовно-процессуального законодательства.

2. Можно поступить не так кардинально. Например, принять отдельный закон, содержащий процессуальные указания применительно к рассматриваемому случаю контроля и фиксации переговоров, как это делается в некоторых зарубежных странах. Но и отечественное законода-

тельство имеет опыт принятия законов, регулирующих отдельные стороны правоохранительной деятельности, например Федеральный закон от 7 августа 2001 года № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» и в принципе Закон об ОРД. Однако эти и иные законы не дополняют и не раскрывают отдельные стороны процессуального доказывания, считая, что все это должен исчерпывающе содержать кодифицированный закон. Этот постулат абсолютно верен, но его строгое соблюдение и отсутствие каких-либо существенных прецедентов привели к тому, что острые вопросы использования результатов ОРД в доказывании пришлось регламентировать совместным приказом правоохранительных органов [6], который сейчас всеми соблюдается довольно строго, он принимается судом и фактически играет роль закона. Заметим, что он носит сугубо процедурный характер и фактически предназначен для дополнения УПК РФ.

Поэтому принятие специального закона об организации контроля и записи телефонных и иных переговоров не поколеблет существующую правовую парадигму. Хотя, на наш взгляд, принятие полумера, как в данном случае, не самый лучший вариант, поэтому вполне уместны и иные точки зрения.

3. Процессуальное доказывание — сложный процесс, включающий в себя достаточно обширные средства, в том числе и те, которые предоставляют возможность использования в доказывании результатов ОРД.

Принципиально следует исходить из того, что информация, полученная в результате ОРД, может быть представлена в уголовном процессе. Так, статья 89 УПК РФ декларирует возможность использования в доказывании результатов ОРД при соответствующей проверке предоставленных материалов процессуальными средствами. Механизм представления материалов прослушивания переговоров и результатов ОРД в доказывании по уголовным делам осуществляется в соответствии с указанной ранее Инструкцией о порядке представления результатов ОРД. Результаты ОРД представляются в виде рапорта об обнаружении признаков преступления или сообщения о результатах ОРД (п. 6 Инструкции) на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. Процедура состоит из двух этапов: рассекречивания сведений (при необходимости), а также оформления необходимых документов с фактической передачей результатов ОРД.

При этом следователь в порядке пункта 4 части 2 статьи 38 УПК РФ может давать органу дознания обязательные для исполнения письменные поручения о проведении ОРМ, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий.

Иными словами, при необходимости контроля и записи переговоров следователь может поручить его проведение оперативному подразделению как ОРМ либо осуществить его производство как следственное действие. В конечном счете система деятельности одна и та же вплоть до исполнителя — и в первом и во втором случае реальные действия будет осуществлять один и тот же субъект — соответствующие технические службы оперативных подразделений.

Тем не менее на практике возникает альтернатива, когда проводить контроль за переговорами как следственное действие, а когда — как ОРМ. Чаще всего предлагается после возбуждения уголовного дела проводить следственное действие, а не ОРМ. По всей видимости, это правильно, но, на наш взгляд, возбуждение уголовного дела не должно выступать обязательным условием проведения контроля и записи переговоров как следственного действия. Так, при исполнении поручения следователя, например, по розыску скрывшегося преступника, оперативное подразделение проводит совокупность ОРМ, среди которых может быть и прослушивание телефонных переговоров.

Тем не менее при имеющихся в УПК РФ механизмах можно считать наличие статьи 186 избыточной и вообще убрать ее из УПК РФ. Надо лишь записать процедуру предоставления результатов ОРД в УПК РФ и явно указать в первую очередь в статье 89, что материалы ОРД могут выступать в качестве доказательств. Кроме того, следует привести порядок проверки поступивших материалов (допрос, прослушивание, осмотр и т. д.).

Нам представляется, что эта процедура более предпочтительна. При этом, она может выступать как некоторый промежуточный вариант перед введением в УПК РФ «негласных следственных действий», служащий целям разработки правоохранительными органами практики работы в новых условиях.

Предпринятый анализ нам представляется полезным с еще одних позиций. Телефонные и иные переговоры не единственные технические новшества. Компьютерная информация — еще один объект, который необходимо использовать в

доказывании и, который, соответственно, в силу своей специфики требует разработки процедуры ее приобщения к уголовным делам. Это объект комплексный, он может содержать как графическую, звуковую, так и видеoinформацию, представляться в виде сообщений электронной почты или иных мессенджеров и сервисов, передаваться по компьютерным сетям и сетям сотовой связи. Недавно в рамках совершенствования антитеррористического законодательства разработаны процедуры получения такой информации правоохранительными органами. В частности, введено новое ОРМ «Получение компьютерной информации». Вполне понятно, что результаты этого мероприятия не должны оставаться «внутри» ОРД, а должны использоваться и в качестве доказательств. Варианты приобщения этой информации к уголовным делам именно как комплексного объекта во всем многообразии форм ее представления, а не как отдельных фрагментов (элементов), которые получены специальными субъектами и, вполне возможно, негласно, еще предстоит разработать. Представляется, что подходы, проанализированные в настоящей статье относительно контроля и записи переговоров, вполне пригодны и в данном случае.

Примечания

1. Шейфер С.А. Система следственных действий: каковы пути ее развития? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 2.
2. О судебной экспертизе по уголовным делам: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.04.2019).
3. Шейфер С.А. Система следственных действий: каковы пути ее развития? // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 2.
4. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский; под общ. ред. А.В. Смирнова. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.04.2019).
5. Семенов В.А. К вопросу о пополнении системы следственных действий негласными познавательными приемами // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 4. С. 48—57.
6. Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд: приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.04.2019).

Reference

1. Shafer S.A. System of investigative actions: what are the ways of its development? *Laws of Russia: experience, analysis, practice*, 2015, no. 2, p. 10. (In Russ.)

2. On forensic examination in criminal cases: resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of December 21, 2010 no. 28. Access from the reference legal system «ConsultantPlus» (accessed 22.04.2009). (In Russ.)

3. Shafer S.A. System of investigative actions: what are the ways of its development? *Laws of Russia: experience, analysis, practice*, 2015, no. 2, p. 12. (In Russ.)

4. Comment to the code of Criminal procedure of the Russian Federation (article) / A.V. Smirnov, K.B. Kalinovsky; under general ed. A.V. Smirnov. Access from

the reference legal system «ConsultantPlus» (accessed 22.04.2009). (In Russ.)

5. Sementsov V.A. To the question of replenishment of the system of investigative actions by secret cognitive techniques. *Laws of Russia: experience, analysis, practice*, 2016, no. 4, pp. 48—57. (In Russ.)

6. On approval of the Instruction about the order of representation of results operatively-search activity the body of inquiry, investigator or the court: the Ministry of internal Affairs order no. 776, of the Ministry of defense of Russia no. 703, FSB of Russia no. 509, FSO of Russia no. 507, Federal customs service of Russia no. 1820 SVR of Russia no. 42, of the FSIN of Russia no. 535, Federal drug control service of Russia no. 398, SK of the Russian Federation no. 68 of 27 September 2013. Access from the reference legal system «ConsultantPlus» (accessed 22.04.2009). (In Russ.)