

УДК 343

DOI 10.36511/2078-5356-2021-1-241-245

Муравьев Михаил Викторович
Mikhail V. Muravyov

старший оперуполномоченный по особо важным делам Управления экономической безопасности и противодействия коррупции

Главное управление МВД России по Нижегородской области (603134, Нижний Новгород, ул. Максима Горького, 71)

senior operative for particularly important cases of Department of economic security and anticorruption
Main Directorate of the Ministry of Internal affairs of Russian (71 Maxim Gorky st., Nizhny Novgorod, Russian Federation, 603134)

E-mail: mmuraviev@mail.ru

К вопросу о правовом феномене гласных оперативно-разыскных мероприятий как элементе формирования уголовно-процессуальных доказательств

To the question of the legal phenomenon of public operational search measures as an element of the formation of criminal procedural evidence

Феномен гласных оперативно-разыскных мероприятий, трудно объяснимый с позиции классической теории оперативно-разыскной деятельности, является переходным, смешанным по своей природе правовым явлением. Пока существует правовая неопределенность в сфере их правового регулирования. Между тем отношения между его участниками должны регулироваться по правовым стандартам, сформированным уголовно-процессуальным правом. Доказательственное значение результатов гласных оперативно-разыскных мероприятий состоит в получении фактического материала, из которого в суде может быть сформировано уголовно-процессуальное доказательство.

Ключевые слова: гласные оперативно-разыскные мероприятия, формирование доказательств, уголовно-процессуальное право.

The phenomenon of vowel operational investigative activities, which is difficult to explain from the standpoint of the classical theory of operational-search activities, is a transitional, mixed by nature legal phenomenon. While there is legal uncertainty in the sphere of their legal regulation. Meanwhile, relations between its participants should be regulated according to legal standards formed by criminal procedure law. The evidentiary value of the results of the vowel operational investigative activities consists in obtaining factual material from which criminal procedural evidence can be formed in court.

Keywords: vowels operational investigative activities, the formation of evidence, law of criminal procedure.

Термин «гласные оперативно-разыскные мероприятия» (далее — гласные ОРМ) прочно вошел в профессиональный язык и используется в ведомственных нормативных правовых документах, в правоприменительных актах. И это несмотря на то, что оперативно-разыскную деятельность (далее — ОРД) принято считать главным образом конспиративной, *негласной* деятельностью специально уполномоченных правоохранительных органов.

В теории ОРД сложились три точки зрения относительно феномена гласных ОРМ. Есть ученые, которые в принципе отрицают их существование. В этой связи показательно мнение В.К. Зникина: «Гласное ОРМ... — это нонсенс» [1].

Согласно второй точки зрения [2, с. 61—62; 3] критерий гласности уместен для классификации ОРМ на две разновидности: (1) *мероприятия, которые можно проводить как гласно, так и негласно* и (2) мероприятия, проводимые толь-

© Муравьев М.В., 2021

ко негласно [4, с. 159]. По мнению большинства специалистов, режим гласности является одним из возможных режимов проведения некоторых ОРМ, чисто гласных, то есть таких ОРМ, которые всегда проводятся гласно, нет [5, с. 286].

И наконец, есть позиция, согласно которой есть самостоятельная разновидность ОРМ — гласные ОРМ, и они являются аналогом следственных действий, результаты этих ОРМ в виде сведений, задокументированных по правилам, установленным Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (далее — УПК РФ), могут оцениваться как уголовно-процессуальные доказательства [6].

На наш взгляд, вторая точка зрения в большей степени соответствует официальной доктрине, закрепленной в позитивном праве. Ведь в статье 1 Федерального закона от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» [7] (ред. от 2 августа 2019 г.) есть принципиальное указание на то, что ОРД осуществляется как гласно, так и негласно.

Однако в доктринальном плане мы присоединяемся к третьей позиции. При этом мы разделяем мнение о том, что в рамках существующей правовой догмы проблема надлежащего регулирования гласных ОРМ решения не имеет.

Выскажем свое мнение относительно того, что следует понимать под «гласностью» как отличительным признаком любого акта правоприменителя, направленного на получение информации о преступлении и (или) преступнике. Есть общее понимание гласности в науке уголовного процесса — как антипода «тайности». «Тайна» в УПК РФ выступает как условие, обеспечивающее защиту прав личности, с одной стороны, и публичных интересов — с другой, в области уголовного судопроизводства, посредством установления ограничений в доступе к определенным сведениям и порядка действий, направленных на недопущение их необоснованного рассекречивания [8].

Полагаем, что приведенное определение в целом может быть распространено и на ОРМ: их тайность, секретность, проявляющаяся в ограничении доступа и информации об их проведении иных лиц, оправдана необходимостью защиты публичного интереса в борьбе с преступностью.

По мнению многих ученых-процессуалистов [9, с. 85; 10, с. 9], гласность является отличительным признаком состязательного — судебного процесса. И если следовать этой логике, она не распространяется на досудебное производство и тем более на ОРД как деятельность,

предшествующую этому процессуальному производству.

Однако такой узкий подход к пониманию гласности действий органов уголовного преследования (под органами уголовного преследования, будучи сторонниками широкого его понимания, мы подразумеваем и «органы дознания, уполномоченные осуществлять ОРД», о которых говорится в ч. 4 ст. 38 УПК РФ) по выявлению и раскрытию преступлений можно считать недостаточным. Верно уточнение, что понятие гласности относительно, проявление и осуществление меняется в зависимости от типа процесса и связанной с ним правовой формой противодействия преступности [11, с. 12]. Инквизиционный, чисто следственный процесс является тайным, гласность в нем сведена к минимуму. В состязательном процессе гласность является доминантой правовой организации уголовно-процессуальной — судебной деятельности. В смешанном же уголовном процессе мы имеем проявления различного соотношения гласности и тайности. Так, современное предварительное расследование осуществляется в следственной форме, которая гарантирует тайну предварительного следствия (ст. 161 УПК РФ) для посторонних, с другой стороны — она же гарантирует его гласность для самих участников следственного действия.

Именно по критерию гласности следственная уголовно-процессуальная деятельность принципиально отлична от «доследственной»: современная следственная форма является процессуальной гарантией гласности следственных и иных процессуальных действий, осуществляемых в рамках уголовного дела, поэтому само появление феномена гласных ОРМ как отдельной разновидности ОРМ надо считать уникальным феноменом, проявлением тенденции к конвергенции ОРД и уголовно-процессуальной деятельности в общее «досудебное производство», проводимое судебной полицией.

Можно, вероятно, увидеть здесь проявление состязательности и усиление гарантий прав участников ОРМ, в отношении которых оно проводится (именно эта тенденция, на наш взгляд, проявилась в появлении гласных обследований помещений, транспортных средств субъектов предпринимательской деятельности — в контексте усиления защиты прав предпринимателей от необоснованного уголовного преследования). По оценке наших коллег, феномен гласных ОРМ сигнализирует о «сбое» в следственной программе развития нашей правовой системы противодействия преступности [12].

Тем не менее развитие законодательства идет именно в этом направлении, вопреки позиции доктринеров. Свидетельство тому — расширение полномочий полиции, которое следует после внесения поправок в Федеральный закон от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» [13].

На наш взгляд, признак гласности ОРМ обусловлен волей субъекта, его производящего. Можно даже сказать — это следствие выбора органом, уполномоченным осуществлять ОРД, гласного метода получения информации. Потому что решение о проведении, например, гласного обследования помещения (в т. ч. жилища, коммерческой организации) принимается руководителем оперативного подразделения с согласия начальника полиции ГУ МВД по субъекту Федерации [14]. Выбор гласного ОРМ порождает обязанность обеспечить права участников данного ОРМ.

Правильным в связи с этим нам представляется мнение, в соответствии с которым деление ОРМ на гласные и негласные должно проходить в зависимости от принятия или непринятия сотрудником оперативного подразделения мер негласности [15]. Кроме того, надо признать верным вывод о нецелесообразности выделения наряду с ОРМ, проводимыми в гласной и негласной формах, так называемых «зашифрованных» ОРМ, то есть мероприятий, при проведении которых скрывается их истинная цель и (или) ведомственная принадлежность субъектов [4, с. 287].

Однако в целом можно констатировать, что теория ОРД столкнулась с трудностью объяснения феномена гласных ОРМ. Это обусловлено, на наш взгляд, ее фундаментальным отличием от теории уголовного процесса и других юридических — гуманитарных наук. Классические юридические науки представляют часть гуманитарного знания — о человеке. Главная ценность, постулируемая в них, — это человек. А теории ОРД это не свойственно: человек не постулируется ею как «субъект» отношений с оперуполномоченным (органом, уполномоченным на проведение ОРД). Отметим в связи с этим характерный эклектизм теории ОРД по вопросу об определении понятия «объект»: в их число принято включать как физических, так и юридических лиц; но также и факты, и обстоятельства и места («представляющие оперативный интерес», т. е. помещения, здания), и «носители доказательственной информации» (предметы, документы, следы) и т. д. Происходит методологически принципиальное сме-

шение субъекта (человека) и неодушевленных предметов: человек — это тот же «объект», в отношении которого осуществляется сбор оперативно значимой информации.

Уже в этом смешении методологическая порочность и идеологическая неприемлемость системы воззрений теории ОРД на «объект» правового регулирования «оперативно-разыскного права». Можно констатировать исключение человека из правового регулирования в рамках ОРД. Это объективно сказывается и на правовом формате проведения гласных ОРМ, затрагивающих фундаментальные права и свободы человека: обследование жилища или обследование помещений, в которых ведется предпринимательская деятельность, что уже стало предметом критики со стороны Европейского суда по правам человека [16, с. 9].

Мы считаем, что в настоящее время гласное ОРМ — это специфическое правовое явление, переходное между классически тайным (негласным) конспиративным ОРМ и классическим следственным действием — гласным правовым действием, направленным на получение информации для выявления и раскрытия преступления и изобличения виновного в нем лица посредством доказательств (сформированных в дальнейшем на основе этой информации).

Изолированное развитие наук антикриминального цикла уже не может устраивать научное сообщество. Напротив, акцент теперь должен быть сделан на междисциплинарных исследованиях. Теория ОРД должна влиться в общую специальность «уголовно-правовые науки», и в той части, в которой она позиционирует себя как правовая, юридическая, выстраиваться под универсальный уголовно-процессуальный стандарт. Теория ОРД не может ограничиться осмыслением своего предмета вне общего правового контекста, в который погружена ОРД. Понятие гласности и правовые стандарты проведения гласных ОРМ показательны в этом отношении.

Методологическая несостоятельность теории ОРД как правовой доктрины может быть восполнена в рамках междисциплинарного развития. Все науки уголовно-правового цикла, включая теорию ОРД, должны выстраиваться на методологической основе теории уголовного процесса.

Уголовно-процессуальный межотраслевой правовой стандарт правоприменения создается в ходе судебной практики участниками судебного процесса — практики проговаривания, нахождения оптимального смысла текста закона — фор-

мирования средства правового регулирования [17, с. 172—178].

В новой теории уголовного процесса и уголовно-процессуального права тема гуманизма является ключевой: сам источник права напрямую связывается с человеком, участвующим в процессе. Каждый, кто вступает в диалог с другим (представителем государства) относительно смысла текста закона, может претендовать на то, чтобы создавать средство правового воздействия. Появление юридической антропологии обусловлено углубляющейся дифференциацией законодательства во всех отраслях права, что можно увидеть и в распространении уголовно-процессуальной формы и на гласные ОРМ. Применяя антропологический подход к пониманию и выстраиванию правовой реальности, надо любые правовые нормы, в том числе и нормы, регулирующие гласные ОРМ, трактовать как правила, регулирующие отношения субъектов права [17, с. 178].

В рамках теории ОРД невозможно решить проблему правовой определенности в регулировании гласных ОРМ, ибо здесь мы имеем дело не с объект-субъектным отношением, как это принято в теории ОРД, а с субъектами правовых отношений. И эти правовые отношения должны быть едиными — уголовно-процессуальными.

Гласное ОРМ — это то же самое следственное действие по своему содержанию и цели, но проводимое не в связи с возбуждением и не по возбужденному уголовному делу, а в связи с проверкой информации о совершении преступления. В ходе любых действий, как гласных, так и негласных, проводимых полицией в связи с выявлением преступлений, изобличением лиц, их совершивших, должны гарантироваться права личности. Это должно обеспечиваться уголовно-процессуальными механизмами — судебного контроля и прокурорского надзора.

Рассуждая в русле «процессуального детерминизма», надо заключить, что личные гласные ОРМ, главным из которых надо считать опрос, но также и любые иные гласные способы получения устных сообщений от лиц, должны проводиться по правилам «досудебного допроса». Эта разновидность допроса, проводимого сотрудником полиции, не создает показаний, как доказательства, но только служит основанием для вызова лица в суд (или следственному судье) для дачи показаний. Что касается проведения обследований или осмотров, то есть предметных гласных действий полиции по обнаружению следов преступлений на объектах материального мира, то они должны санкцио-

нироваться судебным органом во всех случаях, когда затрагиваются права и законные интересы физических и юридических лиц.

Примечания

1. Зникин В.К. Гласное оперативно-розыскное мероприятие не может быть следственным действием // Вестник Кузбасского института МВД России. 2019. № 4 (41). С. 142—145.

2. Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография. М., 2006.

3. Панюшин Д.Б. Признак выделения гласной и негласной формы оперативно-розыскных мероприятий // Научно-методический электронный журнал «Концепт». 2014. Т. 20. С. 3221—3225. URL: <https://e-koncept.ru/2014/54908.htm> (дата обращения: 16.09.2020).

4. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: учебное пособие. Изд. 8-е, перераб. и доп. / под ред. А.Е. Чечетина. М., 2004.

5. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека / вступ. ст. В.Д. Зорькина. М.: Норма, 2006.

6. Александров А.С., Терехин В.В., Кухта А.А. О правовом значении результатов гласных оперативно-розыскных мероприятий для уголовного дела и реформы досудебного уголовного процесса // Уголовное право. 2009. № 6. С. 77—81.

7. Российская газета. 1995. 18 августа.

8. Кузьменко Е.С., Борисов А.С. Анализ категорий гласности и тайны в уголовно-процессуальном праве России // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2016. № 4 (34). С. 36—39.

9. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. С.-Петербург: «Альфа», 2000.

10. Костров Г.К. Как правосудию стать правосудным? // Журнал российского права. 2004. № 10. С. 3—14.

11. Сегал О.А. Проблемы реализации гласности в уголовном процессе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004.

12. Александров А.С. Институт следственной власти в России: краткая история возникновения, развития и дегенерации // Юридическая наука и практика. Вестник Нижегородской академии МВД России. 2016. № 2 (34). С. 405—411.

13. Проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О полиции»». URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/955380-7> (дата обращения: 16.09.2020).

14. Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскно-

го мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств и Перечня должностных лиц органов внутренних дел Российской Федерации, уполномоченных издавать распоряжения о проведении гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств: приказ МВД России от 1 апреля 2014 г. № 199 (ред. от 17.04.2017) // Российская газета. 2014. 28 мая. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13.12.2020).

15. Малышев С.Я., Киселев Н.Н. Содержание гласных и негласных оперативно-розыскных мероприятий и способы их проведения: учебное пособие. Уфа, 2004.

16. Круглый стол «Институт следственных судей в уголовном процессе». Тезисы к вступительному докладу Уполномоченного Российской Федерации при Европейском суде по правам человека — заместителя Министра юстиции М.Л. Гальперина 1 февраля 2018 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2018. № 2. С. 9—13.

17. Власова С.В. Теоретическая концепция правовой (уголовно-процессуальной) организации противодействия преступности в сфере экономики: монография. М.: Юрлитинформ, 2020.

References

1. Znikin V.K. A public operational-search event cannot be an investigative action. *Bulletin of the Kuzbass Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 2019, no. 4 (41), pp. 142—145. (In Russ.)

2. Chechetin A.E. Actual problems of the theory of operational-search measures: monograph. Moscow, 2006. (In Russ.)

3. Panyushin D.B. A sign of the selection of the vowel and unspoken form of operational-search measures. *Scientific and methodological electronic journal "Concept"*, 2014, vol. 20, pp. 3221—3225. URL: <https://e-koncept.ru/2014/54908.htm> (accessed 13.12.2020). (In Russ.)

4. The Federal law "About operatively-search activity": training manual. 8th ed., rev. and exp. / ed. A.E. Chechetin. Moscow, 2004. (In Russ.)

5. The commentary to the Federal law "About operatively-search activity" with the application of decisions of the constitutional court of the Russian Federation and the European court of human rights / introductory article by V.D. Zorkin. Moscow: Norm Publ., 2006. (In Russ.)

6. Alexandrov A.S., Terekhin V.V., Kukhta A.A. On the legal significance of the results of vowel operational-search measures for the criminal case and the reform of

the pre-trial criminal process. *Criminal law*, 2009, no. 6, pp. 77—81. (In Russ.)

7. *Rossiyskaya gazeta*, 1995, August 18. (In Russ.)

8. Kuzmenko E.S., Borisov A.S. Analysis of the categories of publicity and secrecy in the criminal procedure law of Russia. *Bulletin of the Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 2016, no. 4 (34), pp. 36—39.

9. Smirnov A.V. Models of criminal procedure. St. Petersburg: "Alpha", 2000. (In Russ.)

10. Kostrov G.K. How can justice become just? *Journal of Russian Law*, 2004, no. 10, pp. 3—14. (In Russ.)

11. Segal O.A. Problems of implementation of glasnost and criminal procedure of the Russian Federation. Dissertation... candidate of legal sciences. Izhevsk, 2004. (In Russ.)

12. Alexandrov A.S. Institute of Investigative Power in Russia: a brief history of the emergence, development and degeneration. Legal science and practice: Journal of Nizhny Novgorod academy of the Ministry of internal affairs of Russia, 2016, no. 2 (34), pp. 405—411. (In Russ.)

13. Draft federal law "On amendments to the federal law "On police"". URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/955380-7> (accessed 16.09.2020). (In Russ.)

14. On approval of the Instruction about the procedure for employees of internal Affairs bodies of the Russian Federation vowel operative-search activities the inspection of premises, buildings, structures, terrain and vehicles and the list of officials of internal Affairs bodies of the Russian Federation authorized to issue orders on holding public operative-search activities the inspection of premises, buildings, structures, terrain and vehicles: order of the Ministry of internal affairs of Russia no. 199 of 01.04.2014 (ed. from 17.04.2017). 2014. *Rossiyskaya gazeta*, May 28. Access from the reference legal system "ConsultantPlus" (accessed 13.12.2020). (In Russ.)

15. Malyshev S.Ya., Kiselev N.N. The content of vowel and unspoken operational search activities and methods of their implementation: textbook. Ufa, 2004. (In Russ.)

16. Round table "Institute of Investigative Judges in criminal proceedings". Abstracts to the introductory report of the Commissioner of the Russian Federation at the European Court of Human Rights — Deputy Minister of Justice M.L. Galperin on February 1, 2018. *Bulletin of the European Court of Human Rights. Russian edition*, 2018, no. 2, pp. 9—13. (In Russ.)

17. Vlasova S.V. Theoretical concept of legal (criminal-procedural) organization of counteraction to crime in the sphere of economy: monograph. Moscow: YurLitinform Publ., 2020. (In Russ.)