

Нижегородская школа процессуалистов

В. Т. Томин, М. П. Поляков, А. П. Попов

## **ОЧЕРКИ ТЕОРИИ ЭФФЕКТИВНОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

Под общей редакцией заслуженного деятеля науки России,  
доктора юридических наук, профессора В. Т. Томина

Пятигорск 2000

Томин В.Т., Поляков М.П., Попов А.П. Очерки теории эффективного уголовного процесса / Под ред. проф. В.Т. Томина. – Пятигорск, 2000. – 239 с.

В монографии представлены некоторые кажущиеся авторам перспективными идеи теории эффективного уголовного процесса. Авторы пытаются творчески пересмотреть научную парадигму современного российского уголовного судопроизводства, подвергая сомнению ряд ее традиционных /привычных/ установок, понятий, процедур и предлагая новые.

Авторы не резонерствуют. Они делятся с коллегами своими наблюдениями и размышлениями.

Книга будет полезна, надеются авторы, научным и практическим работникам. Для аспирантов и адъюнктов работа может стать источником вдохновения, для студентов и слушателей специальных юридических вузов – источником нетривиальной информации в области уголовного судопроизводства и оперативно-розыскной деятельности.

Коллектив авторов:

Поляков М.П., доцент;

кандидат юридических наук

– глава 3, Приложение 1-е,

Приложение 2-е;

Попов А.П.

кандидат юридических наук

– глава 2, Приложение 2-е;

Томин В.Т.

доктор юридических наук, профессор – «Предупреждение», глава 1,

Приложение 2-е.

© Томин В.Т., Поляков М.П., Попов А.П.

|   |     |
|---|-----|
| ПРЕДУВЕДОМЛЕНИЕ.....  | 4   |
| Очерк 1. ПРОЛЕГОМЭНЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ ЭФФЕКТИВНОГО<br>УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА.....   | 15  |
| <b>1.1. Основные начала</b> .....   | 15  |
| 1.2 Понятие эффективности уголовного судопроизводства.....  | 18  |
| 1.3 Противоречия уголовного судопроизводства.....   | 24  |
| 1.4 Адекватность права условиям его реализации.....   | 34  |
| Очерк 2. ТЕОРИИ НАЧАЛЬНОГО ЭТАПА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА<br>.....   | 37  |
| 2. 1. Понятие начального этапа уголовного процесса.....   | 37  |
| 2.2 Поводы для начала уголовного процесса.....  | 59  |
| 2.3. Основания для принятия решения.....  | 83  |
| о возбуждении уголовного дела.....  | 83  |
| 2.4. Начало уголовного процесса при непосредственном обнаружении<br>признаков преступления, органами правомочными возбудить<br>уголовное дело.....                              | 103 |
| Очерк 3. НАЧАЛА ТЕОРИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ<br>ИНТЕРПРЕТАЦИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ<br>ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....   | 140 |
| 3.1. Эволюция теоретико-правовых представлений об использовании<br>результатов ОРД в уголовном процессе.....  | 143 |
| 3.2. Методологические предпосылки теории уголовно-<br>процессуальной интерпретации оперативно-розыскной информации<br>.....   | 186 |
| 3.3. Результат ОРД как информационный продукт.....  | 213 |
| 3.4. Уголовно-процессуальная интерпретация.....   | 225 |
| результатов ОРД.....  | 225 |
| ПРИЛОЖЕНИЯ.....   | 237 |
| Приложение 1.....   | 237 |
| М.П. Поляков.....   | 237 |
| КОНЦЕПЦИЯ ЭФФЕКТИВНОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА В<br>РАБОТАХ В.Т. ТОМИНА «УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО:<br>РЕВОЛЮЦИЯ ПРОДОЛЖАЕТСЯ» И «ОСТРЫЕ УГЛЫ УГОЛОВНОГО<br>СУДОПРОИЗВОДСТВА»..... | 237 |
| Приложение 2.....   | 246 |
| Словарь некоторых терминов, употребляющихся в книге.....  | 246 |
| Используемые в тексте аббревиатуры.....   | 250 |

## ПРЕДУВЕДОМЛЕНИЕ

Чего только не требуют сегодня от уголовного судопроизводства? Чаще и настойчивее всего – охраны прав и свобод человека и гражданина. В *такой* формулировке – очень даже логичное требование. К тому же, крайне выигрышное. Популярное во многих кругах.

Однако, во множестве сегодняшних литературных источников это требование в дальнейшем почему-то сводится исключительно к охране прав и свобод того человека и гражданина, который находится... на виду по данному уголовному делу. Более того, **который уже покушался на права и свободы других *человеков* и граждан и в силу этого стал предметом внимания уголовного процесса – обвиняемым, подозреваемым, лицом, в отношении которого возбуждено /или не возбуждено, хотя и надобно/ уголовное дело.**

Нам, каждому из троих авторов этой книги, уже доводилось обращать внимание коллег на то, что гиперболизированное внимание к «человеку и гражданину», причинившему зло другому /другим/ «человеку и гражданину» и в силу этого ставшего субъектом, к которому применяются меры процессуального принуждения, делает уголовное судопроизводство **несправедливым**.<sup>1</sup>

И, следовательно, неэффективным. Скажем, а priori, по нашему твердому убеждению, **неэффективный уголовный процесс не может быть справедливым уголовным процессом.** «Хорошо быть строгим, - утверждает народная юриспруденция. – Лучше быть добрым. Еще лучше - справедливым».

Предлагаемая читателю книга<sup>2</sup> представляет собой плод многолетних наблюдений и размышлений старого милицейского

<sup>1</sup>См., в частности, Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М.: Юрид. лит., 1991. – С. 4-5.

профессора и двух его гораздо более молодых учеников, прикосновенных к советскому и российскому уголовному судопроизводству в его реалиях и самых различных ипостасях: милиционера вневедомственной охраны, оперуполномоченного БХСС, следователя, начальника БХСС, руководителя следственного отдела, начальника управления внутренних дел, наконец, преподавателя и руководителя милицейского вуза в различных рангах.

В этой связи надобно, наверное, упомянуть, что немалое количество эмпирического материала, использованного при написании этой книги, причем не только из практики деятельности в сфере уголовного процесса /как в узком, так и в широком смысле этого термина/, получены методом, который в социологии именуется методом *включенного наблюдения*.

Конечно, указанный метод не являлся единственным в науке, в частности, в блоке наук изучающих борьбу с преступностью, способом получения эмпирической информации. Мы здесь подчеркиваем широкое использование названного метода в предлагаемом коллегам исследовании, поскольку, по нашему мнению, он во многих случаях имеет существенные преимущества перед наблюдением сторонним, перед наблюдением тех людей, для которых уголовное судопроизводство есть предмет сторонний, не окрашенный эмоциями, не прошедший через сердце, предмет суесловия, объект жонглирования словами.<sup>3</sup>

<sup>2</sup>В надзаголовочных данных к настоящей книге значится: «Нижегородская школа процессуалистов». Это не название учреждения. Это школа единомышленников. Её представители живут и работают не только в Нижнем Новгороде. Один из авторов этой книги, например, служит в Пятигорске. Есть представители этой школы в Омске, Ижевске, Сургуте, Сыктывкаре, Улан-Уде, других регионах. Мне самому вообще хотелось бы, чтобы это научное течение именовалось Омско-Нижегородской школой.

<sup>3</sup>К аналогичным оценкам приходят и британские исследователи. Cicourel A. *Method and Measurement in Sociology*. – New York: Free Press, 1964; Аберкромби Н., Хилл С., Тернер

Не случайно, наверное, что выдающиеся процессуалисты, это те, кто **одновременно** работал, исследовал и преподавал, кто не поднимал теорию над практикой и практику не часто отрывал от теории. Такие как И.Я. Фойницкий, сенатор /член Верховного суда России/ и заслуженный профессор Императорского Санкт-Петербургского университета, организатор русской группы Международного союза криминалистов,<sup>4</sup> это Н.С. Таганцев /правда, больше, специалист в области материального, чем процессуального уголовного права/, профессор императорского училища правоведения и СПб. университета, сенатор и член Государственного совета<sup>5</sup>, это – Ганс Гросс, который, хотя и создал свой основной труд, будучи уже профессором Пражского университета и создателем первого в мире музея криминалистики в Граце, написал его с явственно различимых позиций следственного судьи,<sup>6</sup> это... Впрочем, в перечислении надобно вовремя остановиться.

Среди советских и российских правоведов в качестве таких *совместителей* нужно назвать заслуженно и не очень обруганного А.Я. Вышинского, М.С. Строговича, И.И. Карпеца, А.М. Ларина, Л.Г. Видонова и очень немногих других. Их имена и труды, слава Богу и Советской власти, у всех на слуху, поэтому в их отношении можно ограничиться сказанным.

Мы понимаем, что включённое наблюдение, особенно в тех случаях, когда оно осуществляется непосредственно авторами - лицами, имеющими

Б.С. Социологический словарь / Пер. с англ. -- Казань: Каз. ГУ, 1997. – С. 29.

<sup>4</sup>Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. - СПб., 1912. – 566 с.; Т. 2. – СПб., 1910. – 572 с. За период с 1884 по 1912 год вышло четыре издания этого фундаментального труда. Нет, правильнее будет всё же сказать, три с половиной. Подготовить к 4-му изданию 3-й том И.Я. /1847-1913/ уже не успел. И.Я. Фойницкому, обратим внимание читателя, принадлежат также основательные труды по материальному уголовному праву: «Курс уголовного права», «Учение о наказании».

<sup>5</sup>Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. В 2-х т. – М.: Наука, 1994. – Т. 1 – 380+XXXV с., Т. 2-й – 393 с.

<sup>6</sup>Гросс Г. (1847-1915) Руководство для судебных следователей, как система криминалистики / Пер. с нем. – СПб., 1908. – 1040 с.

при опросе собственную позицию, таит в себе серьёзную опасность искажения конечных выводов. Имеющий по тем вопросам, по которым собирается информация, определённую позицию автор непроизвольно может отдать предпочтение данным, которые подтверждают его точку зрения и, напротив, проигнорировать /произвести оценку до того, как будет собрана достаточная для оценки совокупность/ данные, ей противоречащие. Проявления указанной тенденции весьма заметны в названной выше книге Г. Гросса.

Я еще раз подчеркну: Г. Гросс, подписываясь своим профессорским званием, эмоционально продолжает оставаться следственным судьёй. Он видит то, чего не увидел бы сторонний наблюдатель.

Существующую опасность метода включенного наблюдения понимают серьёзные социологи. Ноэль-Беккер, например, направляет для сбора информации у населения отнюдь не разработчиков программ. Отбираются совсем посторонние, специально нанятые для выполнения разработанной процедуры люди. Им вовсе не обязательно, даже вредно, иметь собственную позицию по вопросу, для уяснения которого собирается в соответствующем полевом социологическом исследовании информация.

Однако, кто предупреждён, тот вооружен. Мы знаем об этой опасности включенного наблюдения, если оно осуществляется самими авторами. И мы предприняли меры, чтобы скорректировать предубеждённость, если она примет опасные для постижения истины размеры. Во-первых, нас трое - разных, наши наблюдательные пункты и углы зрения различны. Конечно, у нас общая базовая /исходная/ позиция. Мы одной школы. Омской школы процессуалистов. Однако, повторюсь, наши наблюдательные пункты и углы зрения подчас различны.

Во-вторых, у каждого из нас много учеников и просто сослуживцев, которые ведут включенное наблюдение за уголовным судопроизводством

потому, что просто не могут его не вести: они перманентно выступают в качестве различных участников уголовного процесса, они живут в нём. Мы корректируем свои наблюдения их оценками – своеобразная интерпретация метода МЭО /метод экспертных оценок/.

В связи со сказанным выше хотелось бы обратить внимание на следующее обстоятельство: те, которые одновременно и исследовали и работали /служили/ в исследуемой области, как правило, менее подвержены суесловию.

Однако гораздо более, чем указанная выше, является опасность, создаваемая, скажем так, *методами некомпетентного руководства* - простым словесным переложением общих идей для специфических отраслей деятельности. Лозунгово безукоризненная идея «защита прав человека и гражданина» /уровень идеологии/ для применения в уголовном, как, впрочем, и в гражданском и в административном судопроизводстве, нуждается в идеологической *интерпретации* /термин активно используемый одним из авторов этой книги М.П. Поляковым/ и **технологической адаптации**. Последнее крайне важно.

Когда Конституционный или Верховный суды РФ начинают проводить в жизнь безукоризненно звучащую в высокой, но другой /не уголовно-процессуальной/ теории идею непосредственного действия конституционных норм, в реальном уголовном процессе появляются сбои. Может быть, конечно, это происходит от своеобразия процедуры создания действующей Конституции РФ? Может быть от особенностей персонального состава Конституционного суда, большинства членов которого идеально знают текст Конституции, но не слишком знакомы с практикой уголовного судопроизводства?

Применённый для исследования в настоящей книге инструментарий имеет еще одну специфическую черту. Все авторы её глубоко убеждены, что в УСП нет проблем чисто уголовно-процессуальных или, скажем, там

криминалистических или уголовно-правовых. Даже проблем чисто управленческих - специальность, к которой вслед за учителем тяготеют и его ученики.<sup>7</sup>

В этой связи у нас возникают серьёзные опасения, связанные с организацией и субъективным обеспечением серьёзных научных исследований в современных условиях. Кафедральное /секторное и прочее/ разбиение наук в учебно-научных заведениях приводит к их огороживанию, иногда даже к окукливанию, как это, к примеру, давно происходит с оперативно-розыскной деятельностью.

Кажется, Черри, специалист в области информатики, говорил, что современные ученые напоминают ему огородников, каждый из которых добросовестно обрабатывает свой участок, лишь изредка позволяя себе удовольствие поболтать с соседом через забор.

Одной из целей предлагаемой читателю книги и является споспешествование /способствование/ взаимопониманию, согласованности и взаимодействию между оперативно-розыскной и судопроизводственной отраслями государственной деятельности и соответствующими науками.

Возможно, именно сейчас для этого пришло время, и объективно и субъективно. Объективно потому, что только не желающий видеть или тот, кому видеть не выгодно, не видит того, что в современных условиях справиться с организованной, пользующейся поддержкой людей, находящихся у власти, массовой преступностью без использования оперативных возможностей государственных органов нельзя.

Мы не говорим, что использование негласных сотрудников это хорошо. Однако мы не говорим и, что это плохо. Просто это объективно

<sup>7</sup>Нынче в ВАКовском перечне отсутствует специальность 13.05.10 и 12.00.13 - *управление в социальных и экономических системах (юридические науки)*. Жаль! Впрочем, по моему мнению, исследовательские потенциалы этой специальности не уменьшились.

существующая закономерность: справиться с серьёзной преступностью без применения оперативно-розыскных мероприятий невозможно.

Это также верно, как и следующее суждение о любви: любовь – не наука. Это не хорошо и не плохо. Просто факт, адекватно отражающий действительность.

Еще Синедрион – Верховный суд Иудеи – применял агентуру. Против Христа, в частности.

Очевидной благоглупостью является довольно популярное утверждение, что работа с анонимными информаторами является безнравственной. Уголовное судопроизводство и оперативно-розыскная деятельность имеют собственную нравственность, собственную этику. Они, естественно, основываются на общечеловеческих ценностях. Однако не являются простым переложением их в специфической области. Я не назову следователя или оперативного работника безнравственным, если он с целью изобличения подозреваемого, введет его в заблуждения. (Неэтичным будет, если следователь прямо соврёт). Я назову деятельность следователя или оперативного уполномоченного безнравственной, если они не будут изобличать преступников, если они под влиянием неспецифичной этики окажутся не в состоянии делать это.

С субъективной стороны вывод о том, что именно сейчас пришло время добиться успеха в налаживании взаимопонимания, согласованности и взаимодействия между оперативно-розыскной и судопроизводственной отраслями государственной деятельности и соответствующими науками, мы основываем на том, что впервые за многие годы стену ненужной конспиративности /в том, что конспиративность в ОРД бывает и нужной, сомнений нет/ начали нарушать и с другой стороны. Появились открытые публикации и в стане ОРД.<sup>8</sup>

<sup>8</sup>См.: Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность – необходимость и законность. – Н. Новгород, 1997. – 218 с.; Попов Н.М. Оперативное обеспечение досудебной подготовки в уголовном судопроизводстве России. Автореф. дис. ... канд.

В повседневной деятельности по охране условий существования и развития общества средствами уголовного права, реализуемыми посредством уголовного судопроизводства, есть реальные *проблемные ситуации* и *проблемы*, которые задаёт жизнь. И вот для осмысления первых и разрешения вторых привлекается наиболее пригодный для этого инструментарий – уголовно-процессуальный, криминалистический, управленческий, уголовно-правовой, социологический и т.д. Чаще всего, однако, инструментария одной отрасли науки /отрасли знаний/ для идентификации и осмысления проблемной ситуации оказывается недостаточно. **Даже плоский лист бумаги, гласит старинная японская мудрость, имеет две стороны. Что же говорить о явлениях реального уголовного судопроизводства! Сколько сторон у каждого из них?**

Поэтому для надежной идентификации и адекватного осмысления проблемной ситуации, равно как и для разрешения проблемы необходим инструментарий нескольких или даже многих научных дисциплин. В таких случаях и говорят о *комплексном подходе* – использовании для исследования одного объекта или предмета инструментариев различных отраслей науки.<sup>9</sup>

В настоящем исследовании используется инструментарий следующих отраслей знания: управление в социальных и экономических системах /специальность 12.00.13 по еще недавно действовавшему перечню ВАКа/, философия /диалектический материализм и немного юрид. наук. Н. Новгород, 1997; Попов А.П. Непосредственное обнаружение признаков преступления как повод к возбуждению уголовного дела. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н.Новгород, 1999. Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. – Пятигорск: изд. ПГЛУ, 1998.

<sup>9</sup>К сожалению, в значительной части сегодняшней правовой литературы не проводится разграничения между комплексным и *системным* подходами. А, между тем, вещи эти – совершенно разные. См., например: Подрядов А.Н. Комплексные криминологические исследования в отдельном регионе (по материалам административного района) / Автореф. дис... канд. юрид. наук. – М.: Академия МВД СССР, 1975. – 20 с.

неопозитивизма/, уголовный процесс, криминалистика, оперативно-розыскная деятельность, социальная психология, социология, теория государства и права и, в меньшей степени, некоторые другие научные дисциплины.

Хотелось бы сказать несколько слов об особенностях использования литературных источников по названным дисциплинам. Они нуждаются в коррекции *в зависимости от времени издания и ряда других субъективно-объективных детерминант*. Вот издал В.В. Лунеев в 1999 году хорошую книгу о преступности XX века, и пишет в ней, что в его подсознании существует желание оправдаться за то, что раньше он об этом же предмете писал иначе.<sup>10</sup> К работам по уголовному судопроизводству, тесно связанному с государством, властью и политикой, сказанное относится в большей мере, чем, ко многим другим наукам, многим другим отраслям государственной деятельности.

Словам людей, находящихся у власти или кормящихся с её рук, можно верить только в той мере, в какой их слова находятся в соответствии с реальным положением вещей, *установленном экспертами, имеющими возможность не только познать, но и сказать правду*.

Впрочем, подробнее об этом чуть позже – в Прологоменах.

Завершая настоящее Предуведомление, хотелось бы выразить благодарность коллегам, с которыми много и неоднократно обсуждались идеи, вложенные в эту книгу: А.В. Агутину, В.И. Бадашханову, В.П. Бахину, А.П. Железняку, С.П. Ижниной, М.П. Кирееву, Н.Н. Ковтуну, А.В. Матвееву, С.П. Серебровой, С.В. Смирнову, А.А. Юнусову. Не все из них и не со всем, сказанным авторами, они согласны. Однако известно ведь, что в спорах рождаются не только инфаркты, но, иногда, и истина.

<sup>10</sup>Лунеев В.В. **Преступность XX века**. Мировые, региональные и российские тенденции. – М.: Норма, 1999. – С. XIV.

## Очерк 1. ПРОЛЕГОМЕНЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ ЭФФЕКТИВНОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

*Пролегомены* -- /греч. *Prolegomena* / --  
предварительные рассуждения,  
введение в изучение.

### 1.1. Основные начала

Эффективным уголовным процессом авторы этой книги называют такой, который успешно решает задачи, для достижения которых он создан.

Анализ любой отрасли человеческой деятельности – индивидуальной или групповой, по нашему мнению, – целесообразно начинать с уяснения её цели, с установления иерархии целей и задач /построения дерева целей/, с уяснения соотношения между целями и средствами их достижения. Может быть, правильнее было бы сказать, что *дерево целей* не столько устанавливается /храбрыми авторами или решительными законодателями/, сколько выращивается, в многовековом ходе развития каждой отрасли человеческой деятельности.

В случаях же, когда речь идёт об анализе реалий определённой отрасли деятельности, анализе, имеющим своей направленностью воздействие на эти реалии во вполне определённых условиях места и

времени, именно такое начало является не только целесообразным, но и просто необходимым.

Сказанное в полной мере относится к такой отрасли групповой человеческой деятельности, как уголовный процесс. Она же – уголовное судопроизводство.

Более того, к уголовному судопроизводству, тесно связанному с государством и политикой, это относится в большей мере, чем, ко многим другим отраслям государственной деятельности.

Словам людей, находящихся у власти, можно верить только в той мере, в какой их слова находятся в соответствии с реальным положением вещей, *установленном экспертами, имеющими возможность не только познать, но и сказать правду.* Впрочем, с сожалением следует констатировать, что не все специалисты, имеющие возможность познать и сказать правду делают это.

В.В. Путин в своём Послании Федеральному собранию прямо сказал, что в стране широкое распространение получила, в его терминологии - *«утвердилась государственная ложь»*, что принимается множество законов, которые не будут, как заранее известно, выполняться, что решения продавливаются из политической конъюнктуры.<sup>11</sup>

Вообще мне кажется, что в сегодняшних уголовно-процессуальных и примыкающих к ним государственно-правовых заявлениях и публикациях, а также в литературных и публицистических источниках содержатся три вида информации: правда /это когда слова соответствуют фактам/, ложь /когда они им не соответствуют/ и **третий вид информации /когда слова не имеют к фактам никакого отношения/**. Не правда и не ложь, так – колокольный бряк. Тривиальной иллюстрацией информации третьего вида является, например, возникший перед парламентскими выборами 1999

<sup>11</sup>**Какую Россию мы строим.** Выступление В.В. Путина при представлении ежегодного Послания Президента РФ Федеральному собранию РФ 8 июля 2000 года, г. Москва // РГ. 11.07.00. – С. 3.

года лозунг «за честные выборы!» Дело не только в том, что честных выборов просто не бывает. Гораздо важнее для *нравственных начал уголовного судопроизводства* то, что провозглашающих этот лозунг функционеров его /лозунга/ отношение к реальным выборам просто не интересовало.

Колокольный бряк в публикациях и высказываниях в области уголовного судопроизводства и – шире – вообще в правовой сфере в значительной мере порождён, надо полагать, желанием отработать полученные гранты и гранды<sup>12</sup>. Однако и многими другими причинами тоже.

Из приведённых чуть выше слов В.В. Путина явствует, что причину «продавливания» законов, которые не будут исполняться, он видит в политической конъюнктуре. Мне представляется, что причины блокирования /непринятия/ таких законов, как о борьбе с коррупцией, с «отмыванием» денег, добытых преступным путём, и им аналогичных лежать в области криминально-экономической. Здесь политика лишь средство.

## 1.2 Понятие эффективности уголовного судопроизводства

В самом общем плане эффективность деятельности, наверное можно определить как достижение поставленной цели /совокупности задач/ при наименьших затратах сил и средств.

**В таком же общем плане эффективность уголовного судопроизводства надо определить как достижение цели уголовного процесса по каждому конкретному уголовному делу при минимуме ущемления законных интересов лиц, вовлеченных в УСП.**

<sup>12</sup>Гранд /американская блатная музыка/ - тысяча долларов.

Что касается материальных затрат на УСП, то по нашему мнению, при рассмотрении проблемы эффективности уголовно-процессуальной деятельности они должны рассматриваться как константа.

Будем честными – достижение цели уголовного процесса по всем уголовным делам, оказавшимся в производстве, невозможно. Законодатель из этого исходит. К такому выводу приводит, в частности, формулирование им оснований к прекращению уголовного дела. Таких, например, как прекращение головных дел за истечением сроков давности уголовного преследования.

Любопытные рассуждения по поводу того, какое государство является эффективным, содержатся в выступлении президента страны: «только сильное, эффективное, если кому-то не нравится слово «сильное», скажем эффективное государство и демократическое государство в состоянии защитить гражданские, политические, экономические свободы, способно создать условия для благополучной жизни людей...»<sup>13</sup>

Таким образом, В.В. Путин применительно к государству как органу власти полагает такие термины как «эффективное» и «сильное» синонимами. Следуя этому вполне устраивающему нас примеру, мы скажем, что необходимым условием эффективности уголовного судопроизводства являются сильные его составляющие, каковыми видимо являются субъекты уголовного процесса /оперативные аппараты, следователи, прокуроры, суды/ и его процедуры. Непременной составляющей эффективного УСП является возможности использования разнообразных источников информации.

**Эффективным мы назовём такое уголовное судопроизводство, которое характеризуется следующими основными чертами:**

**/1/ в состоянии удовлетворить,** в терминах науки «управление социальными и экономическими системами», **если не все, то, по крайней**

<sup>13</sup>Там же.

мере, большинство заявок на обслуживание; иными словами эффективно прореагировать на большинство поводов к возбуждению уголовного дела;

**/2/ в состоянии достичь цели уголовного процесса по большинству уголовных дел в стране;**

**/3/ своими результатами в состоянии удовлетворить чувство справедливости.** Поясню: речь идёт, как об общественном, так и индивидуальном (большинства жителей страны, как прибегавших к такой форме обслуживания их государством, как уголовный процесс, так и нет) чувстве справедливости.

Добавим, что в современном российском обществе вполне возможны групповые расхождения в оценке справедливости уголовного судопроизводства;

**/4/ в конкретных ситуациях в состоянии разумно разрешить объективно существующее противоречие между интересами достижения цели уголовного процесса и необходимостью обеспечения прав и свобод граждан, оказавшихся к нему прикосновенными.**

При этом, как и два других автора настоящей книги, хочу подчеркнуть, что **защищать /в терминологии А.А. Юнусова *оберегать*/ надлежит права и свободы не только таких участников, как обвиняемые и подозреваемые, но и всех других участников уголовного процесса, к которым допустимо применение мер процессуального принуждения, и конечно же, эффективно защищать законные интересы тех законопослушных граждан, на которых учинено преступное посягательство;**

**/5/ уголовный процесс /уголовное судопроизводство/ можно назвать эффективным лишь в том случае, если он выполняет свои задачи, затрачивая лишь те средства, которые выделены ему бюджетом. Деньги, затрачиваемые в ходе УСП – это бюджетные деньги. Сколько их выделено**

– во столько и надо *уложиться*. Лучше, конечно, чтобы таких денег было больше. И чтобы выделенные деньги тратились рационально.

Лет, наверное, тридцать назад я писал о том, что юристам надо научиться считать государственные деньги. Имелось в виду, что одним из параметров оценки предлагаемых для внедрения уголовно-процессуальных процедур должны стать их стоимость и цена /разные вещи!/ в рублях. Наверное, это то, что сейчас называется экономической экспертизой.

Большинство тогдашних правоведов, особенно теоретиков, отнеслось к такому повороту темы свысока, с некоторым недоумением даже. «**Дешевое правосудие дорого обходится**», - любил повторять, увы! - ушедший от нас, В.М. Савицкий. К сожалению, этот красивый афоризм в данном случае - ни что иное, как уход от реально существующей сложной и далеко не всегда красивой проблемы посредством подмены понятия.

Нет, ничего удивительного, что процессуалисты 60-х и 70-х годов свысока относились к такому *низменному* предмету как деньги. Государство тогда аккуратно субсидировало уголовно-процессуальную деятельность, о средствах для её финансирования правоведам можно было не задумываться. Удивительно другое. Сегодня, когда уголовное судопроизводство финансируется нищенски, когда многие программы не осуществляются вследствие отсутствия средств на их исполнение, некоторые современные процессуалисты выступают за высоко затратные процессуальные процедуры. Процедуры суда присяжных, к примеру, кратно дороже процедур шэффенского суда. Минюст в своё время опубликовал данные, указывающие на то, что средний судебный процесс с участием присяжных заседателей обходится в шесть с половиной раз дороже, чем процесс с участием народных заседателей. А ведь в этом расчете не учтены расходы на переучивание персонала, на переоборудование судебных помещений и т.д.

Воспользовавшись термином, который даёт нам Президент страны, скажем, что ситуация с судом присяжных представляется нам яркой иллюстрацией феномена *государственной лжи*.

**/6/ Уголовное судопроизводство не может быть эффективным, если его исход непосредственно зависит от финансовых и иных внесудебных возможностей стороны.**

Чтобы уберечься от некомпетентных ссылок на опыт Западной Европы и США, приведу слова прокурора Шеннона, представителя обвинения по делу мультимиллионера К. Дэвиса, обвинявшегося в убийстве, караемом смертной казнью, сказанные им после того, как присяжные признали мультимиллионера невиновным: «Я никогда не думал, что придется когда-нибудь это сказать, но мне кажется, что у нас действительно существуют две системы правосудия: одна для богатых, другая – для бедных».<sup>14</sup>

Вскоре после первого процесса оправданный К. Дэвис вновь предстал перед судом. На сей раз по обвинению в заговоре с целью убийства пятнадцати человек. Мнения присяжных разделились и вердикт, а следовательно, и приговор не были вынесены.<sup>15</sup> Финансовые возможности обвиняемого оказались выше финансовых возможностей прокуратуры округа Таррент, штат Техас. Расходы прокуратуры только по первому из описанных процессов составили 300 тысяч долларов, а обвиняемый истратил в общей сложности 3 миллиона, то есть в десять раз больше. Причем, замечает американский автор, были все основания предполагать, что эта сумма занижена.<sup>16</sup>

Информация о процессах над мультимиллионером, обвинявшемся в убийствах и в подстрекательстве к ним приведена здесь вовсе не для

<sup>14</sup>Картрайт Г. **Обвиняется в убийстве** (История судебных процессов над Т. Калленом Дэвисом) / Пер. с англ. – М.: Прогресс, 1982. – С. 238.

<sup>15</sup>Картрайт Г. **Обвиняется в убийстве**. – С. 259-379.

<sup>16</sup>Картрайт Г. **Обвиняется в убийстве**. – С. 243, 249.

очернения уголовного судопроизводства США. О крупных недостатках в нём известно серьёзным американским специалистам. Однако видимо меньше известно апологетам внедрения принципов американского уголовного процесса в России. В свете, в ярком неоновом свете реклам, искажающем реальные очертания и объёмы объектов мне хотелось бы подчеркнуть: прежде, чем биться головой о стену, надо подумать, что будешь делать в соседней камере. Прежде, чем заимствовать, надо бы изучить всесторонне и глубоко, что представляет из себя заимствуемое и, главное, что оно может дать современному российскому судопроизводству в современных условиях.

/7/ Подчеркнём, что уголовный процесс не может быть эффективным, если установленные участвующими в нём ведомствами оценочно-учетные показатели для своих подразделений позволяют положительно оценивать их деятельность по тем делам, по которым цель уголовного процесса оказалась не достигнутой. Мне представляется необходимым подчеркнуть, что сегодняшний российский уголовный процесс и участвующие в нём ведомства в отличие, к примеру, от контролёра в трамвае умудряются оценивать свою деятельность положительно, несмотря на то, что цель уголовного процесса по большинству уголовных дел не достигается и, следовательно, задачи уголовного судопроизводства, стоящие перед этой отраслью государственной деятельности не разрешаются.

### 1.3 Противоречия уголовного судопроизводства

В нарушение законов детективного жанра несколькими страницами раньше при характеристике четвёртой основной черты из числа характеризующих эффективное уголовное судопроизводство я назвал ключевое понятие, развернутую характеристику, которому пришло время

дать только сейчас. Вспомните: **эффективным будет только такое уголовное судопроизводство, которое «в конкретных ситуациях в состоянии разумно разрешить объективно существующее противоречие между интересами достижения цели уголовного процесса и правами и свободами граждан, оказавшихся к нему прикосновенными».**

**Противоречие – вот ключ к пониманию проблемной ситуации, по крайней мере, к способу преобразования её в проблему.**

Мы полагаем, что причины неэффективности современного отечественного уголовного производства /впрочем, не только современного и не только отечественного/ заключаются в неадекватном разрешении реально существующих жизненных противоречий уголовного судопроизводства.

Первое из них – между потребностями общества в обеспечении социальной справедливости и возможностями правоохранительной системы. Это противоречие можно сформулировать и иначе: между потребностями общества в обеспечении социальной справедливости, правопорядка, соблюдении законности и его /общества/ возможностями содержать и развивать эффективную правоохранительную систему.

Второе противоречие – между задачей обеспечить неотвратимость ответственности лиц, совершивших преступления, /цель уголовного процесса/ и надобностью блюсти законные интересы лиц, вовлекаемых в уголовное судопроизводство. При глубокой разработке этого противоречия выявляется обстоятельство, на первый взгляд, неожиданное: принципы уголовного процесса находятся в состоянии противоречия с целью уголовного процесса. Наиболее наглядно это обстоятельство проявляется при рассмотрении последней с таким принципом уголовного процесса как *обеспечение законных интересов личностей*, вовлекаемых в уголовное судопроизводство.

С учетом этого противоречия мы формулируем названный принцип следующим образом: *законные интересы личностей, вовлекаемых в уголовное судопроизводство не должны ущемляться ни на йоту больше, чем это необходимо для достижения цели уголовного процесса.*

Третье противоречие – *между предназначенностью уголовного судопроизводства для проведения государственной политики и необходимостью обеспечить процессуальную независимость следователей, прокуроров, судей, органов дознания от других государственных и общественных органов.*

В последние годы проблемным в этом отношении становится место в правоохранительной системе суда. Во всяком случае те обстоятельства, которые сегодня сопровождают становление самостоятельной судебной власти в России, росту эффективности уголовного процесса не служат. Скорее, совсем наоборот.

Четвёртое – между необходимостью в специальных людях, осуществляющих правоохранительную деятельность, и существующими в обществе противоречиями против них.

Наконец, пятое – между нуждой в преобразованиях уголовного судопроизводства в соответствии с изменяющимися условиями и консерватизмом этой системы как необходимым условием её устойчивости. Юристы редко бывают революционерами, они – охранители.

Общее для всех сформулированных противоречий – при всех различиях между ними – в том, что для разрешения любого из них недостаточно усилий одной лишь правоохранительной системы.

И есть еще одна общая для всех этих противоречий закономерность: ни одно из них не может быть разрешено иным путём, чем компромисс. Нельзя, к примеру, иным способом, чем компромисс снять противоречие между /1/ задачей обеспечить неотвратимость

ответственности лиц, совершивших преступления, и /2/ надобностью блюсти законные интересы участников уголовного процесса. Если сосредоточить усилия на первой стороне противоречия, забыв про вторую, то цель уголовного процесса, наверняка, будет достигаться быстрее и эффективнее. Однако сам процесс при этом станет жестокосердным. Если же, забыв о цели уголовного процесса, сосредоточить все усилия на защите *прав и свобод* участников процесса, то может стать, что уголовный процесс окажется не в состоянии разрешать те задачи, для разрешения которых он был создан. Компромисс. Только компромисс! Собственно, ведь надобность в праве и появляется тогда, когда требуется согласовать противоречащие друг другу человеческие интересы.<sup>17</sup>

Несколько соображений, связанных с разворачиванием пятого противоречия – **между нуждой в преобразованиях уголовного судопроизводства /правоохранительной системы в целом/ в соответствии с изменяющимися условиями и консерватизмом этой системы как необходимым условием её устойчивости.** Мне представляется, что многочисленные тексты процессуального характера, внесённые в Конституцию РФ, многие из изменений и дополнений, помещённых в действующий УПК РСФСР, значительная часть решений Конституционного и Верховного судов России не учитывают второй стороны этого противоречия. Не учитывают инерции профессионального и общего правосознания, необходимости переучивания персонала /не говоря уже о его перевоспитании, разрушении существующих у него установок/, перестройки самой организации правоохранительной системы.

Впрочем есть и другая сторона разрешения названного противоречия, тесно смыкающаяся с противоречием, обозначенным нами под номером 1-м: между потребностями общества в обеспечении

<sup>17</sup>Подробнее о противоречиях современного отечественного уголовного судопроизводства и путях их разрешения см.: Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М.: Юрид. Лит., 1991. – С. 26-237.

социальной справедливости и возможностями правоохранительной системы.

Мне представляется, что перечисленные выше новеллы в законодательстве и подзаконных актах *уменьшают возможности уголовного судопроизводства и правоохранительной системы в целом в обеспечении социальной справедливости.*

Один из авторов настоящей книги, М.П. Поляков, в своей кандидатской диссертации сформулировал концепцию «двух У». По его, и моему мнению, одним из способов увеличения возможностей уголовного судопроизводства, в частности, в увеличении его пропускной способности, являются умножение числа субъектов досудебной подготовки и умножение /создание многообразия/ процедур уголовного судопроизводства. По нашему мнению, нерационально печь батоны и готовить бетон по одной технологии. Для различных категорий уголовных дел целесообразны различные процедуры, не только криминалистические и управленческие, но и процессуальные.

В настоящей книге /см. главу 3-ью/ М.П. Поляков высказывает мысль о дополнении высказанной им в прошлом формулы третьим «У» - умножение **информационных источников**, могущих быть использованными для нужд доказывания. Автор последователен: все эти «У» тесно между собой связаны. С гносеологических позиций доказывание (информирование) схематически укладывается в триаду: субъект – процедура – специфическая информация.

Вряд ли можно отрицать, что высказанные М.П. Поляковым предложения в концептуальном плане вступают в противоречие с частью 3 ст. 69 УПК РСФСР в её истолковании в п. 16 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 31.10.95 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при отправлении правосудия».

Однако, позволю себе заметить, что, на мой взгляд, это противоречие, если исходить не из субъектов высказываний, а из их содержания, не порочит высказанную исследователем идею. Скорее наоборот, с позиций эффективного уголовного судопроизводства оно /противоречие в толковании/ побуждает задуматься над корректностью тех концептуальных основ, которые положены в основу названного постановления Пленума.

Если ст. 69 УПК РСФСР, воспроизводя формулировку ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, запрещает использовать при доказывании доказательства, *полученные с нарушением закона*, то постановление пленума содержит существенно иные формулировки. Специалисты со стажем помнят, что Пленум Верховного суда СССР в своё время неоднократно критиковали за то, что он по виду толкования закона занимался нормотворчеством, подменяя законодателя. Видимо такова судьба всех верховных судов. Верховный суд РФ, во всяком случае, поддался этому соблазну.

Вот как сформулирована часть 2 п. 16 постановления О некоторых вопросах применения Конституции РФ при отправлении правосудия: «Разъяснить, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении были нарушены гарантированные Конституцией Российской Федерации права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закреплении, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо *в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами*».

Против положения, содержащегося в выделенных мною курсивом словах, возникает ряд возражений правового, теоретического и практического характера.

**С правовых позиций:** Пленум Верховного суда толкует закон расширительно и совсем не в соответствии с его духом. Чтобы убедиться в этом, достаточно сопоставить ч.2 ст. 50 Конституции РФ с частями 1-й и 3-ей той же статьи, часть 3-ю ст. 69 УПК РСФСР с её частями 1-й и 2-й. Закон формулирует гарантии защиты законных интересов граждан, названное постановление Пленума ставит палки в колёса на пути достижения истины по уголовному делу. Между тем, достижение истины по уголовному делу и есть одна из гарантий защиты законных интересов личности.

**С теоретических позиций.** В специальной литературе вроде бы уже довольно давно не подвергалось сомнению положение о том, что самый совершенный уголовно-процессуальный кодекс имеет пробелы. В кодексах для того, в частности, и конструируется общая часть, чтобы помочь правоприменителю преодолеть обнаруживавшуюся пробельность особенной.<sup>18</sup> На обнаружившиеся пробелы законодатель реагирует естественно позднее правоприменителя.<sup>19</sup> Для науки это тоже аксиома. Уголовно-процессуальное право и наука о нём непрерывно и бесконечно развиваются, отражая непрерывно и бесконечно развивающееся познание. Работники же готовившие для Пленума текст постановления вопреки законам гносеологии... остановили процесс познания в сфере уголовного судопроизводства на сакраментальной дате 31 октября 1995 года. А члены Пленума с ними согласились.

<sup>18</sup> Авторы книги принадлежат к тем процессуалистам, которые полагают, что в уголовно-процессуальном праве, как и в материальном уголовном, аналогии не существует.

<sup>19</sup> Впрочем, иногда и позднее не реагирует. Так российский законодатель до сих пор не внёс в республиканский кодекс дополнения, появившиеся в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик почти десять лет назад. Эти дополнения касаются, в частности, столь необходимого для практики перечня неотложных следственных действий. В их числе: наложение ареста на имущество, прослушивание телефонных и иных переговоров и экспертиза.

Одно утешение. В истории науки, помнится, уже был такой случай. Гегель вроде бы остановил развитие диалектической философии на своей теории, а истории Германии - на прусской монархии. Если же без иронии, то следует совершенно определённо сказать, что анализируемая формулировка **лишает российское уголовное судопроизводство возможности совершенствоваться на путях познания истины по уголовному делу.**

Позволю себе напомнить, что в действующем УПК к числу наиболее удачных, наиболее тщательно и полно сформулированных норм, регламентирующих производство следственных действий, относятся статьи уголовно-процессуального кодекса, регламентирующие предъявление для опознания живых лиц, трупов и предметов. А произошло это в значительной мере потому, что разработчики УПК РСФСР 1960 г. при работе над текстом проекта имели возможность использовать опыт проведения этого следственного действия в советском уголовном судопроизводстве в течение, по крайней мере, трёх десятилетий. А между тем, УПК РСФСР 1923 г. , действовавший до 31.12.60, такого следственного действия не то, что не регламентировал – даже не называл. Кому это повредило?

Сказанное относится и к такому следственному действию как *следственный эксперимент.*

Подчеркнём, что никаких гносеологических основ анализируемый запрет под собой не имеет.

**С позиций практических. Вред, причинённый реальному уголовному судопроизводству анализируемым запретом** по своим отрицательным для практики последствиям вполне может быть сопоставлен с ущербом, причинённым уголовному судопроизводству не очень продуманным, по нашему мнению, вторжением специалистов в области государственного права и общей теории государства и права из

Конституционного суда РФ в нормативную регламентацию такого института уголовного процесса как протокольное производство. Их решение упало на благодатную почву: большинство судей недолюбливают этот институт. Причины неодобрения высказываются разные. Одна не называется никогда. Однако именно она, по моему мнению, лежит в основе традиционного неприятия большинством судей института протокольного производства.

Большинство судей по большинству уголовных дел при составлении приговора, особенно его мотивировочной части, используют обвинительное заключение, переписывая из него подчас довольно большие куски. А при протокольном производстве обвинительного заключения нет, есть только немногословный протокол. В отношении протокольного производства – *sapienti sat*<sup>20</sup>.

А вот в отношении последствий анализируемого запрета еще несколько слов скажу. До 31 октября 1995 г. в практике отечественного уголовного процесса нарабатывались такие следственные действия, как *принятие доставленного* и *проверка показаний на месте*. В соответствии с текстом постановления Пленума оба эти способа познания истины по уголовному делу теперь использоваться не могут, ибо их наименований не содержится в действующем УПК. Так и хочется вспомнить тот грубоватый анекдот про предмет, который есть, а слова его обозначающего нет.

В отношении принятия доставленного можно еще порекомендовать следователям составлять протокол без названия, а руководствоваться непосредственно частью 2-й ст. 70 и, соответственно, ссылаться непосредственно на неё.

Что касается проверки показаний на месте, то она, конечно, продолжает проводиться. Однако в протоколах её теперь называют иначе,

<sup>20</sup> *Sapienti sat* /лат./ - понимающему, знающему достаточно.

по имени какого либо названного в УПК следственного действия, то следственным экспериментом, то осмотром с участием обвиняемого, то, напротив, допросом на месте происшествия и т.д.

Кому это нужно называть зелёное фиолетовым? Подчас складывается впечатление, что современный отечественный уголовный процесс скорым шагом идёт к теории формальной оценки доказательств.

Для меня очевидно, что проверка показаний на месте включает в себя и элементы допроса, и элементы осмотра, а иногда и элементы следственного эксперимента. Однако в то же время она является самостоятельным следственным действием, содержание которого состоит в сопоставлении того, что лицо, чьи показания проверяются, говорит, с тем, что участники этого следственного действия видят. Его доказательственное значение – в выявлении информированности /или неинформированности/ лица, чьи показания проверяются, относительно предмета его показаний.

#### 1.4 Адекватность права условиям его реализации

Эффективность УСП тесно связано с **эффективностью, регулирующих его отраслей права**, в первую очередь, права уголовно-процессуального. Вовсе не для того, чтобы спорить о терминах, а для того, чтобы развести терминологически различные понятия, в дальнейшем изложении вместо слов «эффективность уголовно-процессуального права» будет употребляться словосочетание **«адекватность права условиям его реализации»**. Всякий нужный термин – инструмент, исследования или описания. Всякий термин – конвенциален. *Термин конвенциальный* –

обозначение понятия /словом или группой слов/ принятое /согласованное/ в той или иной отрасли науки.

Продукт *consensus opinio doctorum*<sup>21</sup>. К примеру, термин «принципы уголовного процесса» действующему отечественному уголовно-процессуальному законодательству не известен. Тем не менее, он широко применяется в уголовно-процессуальной научной и учебной литературе. Менее повезло конвенциональному термину «цель уголовного процесса». Хотя исторически он появился в специальной литературе раньше термина «принципы»<sup>22</sup>, в современных литературных источниках он менее популярен. Ряд авторов при соответствующих описаниях обходится многозначным законодательным термином «задачи уголовного судопроизводства», закреплённом как в действующем УПК РСФСР, так и в Основах законодательства о судопроизводстве Союза ССР и союзных республик /документе также действующем – *mutatis mutandis*/<sup>23</sup>.

Конвенциональное, как, впрочем, и законодательное, обозначение понятия может расходиться со значением соответствующего слова /группы слов/ в обывательском языке или других отраслях права. Именно поэтому некорректно поступают те авторы, ограничивают исследование тех или иных понятий толковыми, этимологическими и другими подобными словарями.

Предлагаемый здесь в качестве конвенционального термин «адекватность права условиям его реализации» не лучше и не хуже других. Просто, по нашему разумению, он более других подходит для исследования, результаты которого мы предлагаем коллегам /читателю/ в этой книге. Чтобы быть лучше понятым, позволю себе повториться. Смысл

<sup>21</sup> *Consensus opinio doctorum* /лат./ - общее мнение ученых.

<sup>22</sup> Полянский Н.Н. Цель уголовного процесса. – Ярославль: Демидовский лицей, 1919. – С. 21; Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. М., 1927. – С. 44; Чельцов-Бебутов М.А. Цель уголовного процесса и организация окончательного производства. – Киев, 1925. – С. 1.

<sup>23</sup> *Mutatis mutandi* /лат./ - за исключением того, что требуется исключить.

всякого термина в его инструментальности, в возможности его использования для исследования и описания соответствующего объекта и отграничения его от смежных.

Проблема адекватности права условиям его реализации приобрела сегодня чрезвычайную остроту. Употреблённая В.В. Путиным в президентском послании 08.07.00 метафора «государственная ложь» имеет непосредственное отношение и к уголовно-процессуальному законодательству. «Сильная власть», задача построения которой поставлена в названном документе, невозможна без эффективного уголовного судопроизводства. (Обратим внимание на то, что в президентском послании прилагательные «сильная» и «эффективная» используются как синонимы).

Между тем, **просыпающиеся как из дырявого мешка, далеко не всегда инициируемые законодательной ветвью власти многочисленные дополнения и изменения уголовно-процессуального законодательства делают уголовное судопроизводство всё более беспомощным. Под флагом защиты прав и свобод граждан в уголовно-процессуальное законодательство вносятся такие изменения, которые лишают уголовное судопроизводство возможности защищать основную массу своих граждан от посягательств на них со стороны лиц, достигающих своих целей путём нарушения уголовного закона.**

Адекватность права, регулирующего УСП, реальным условиям, в которых это самое судопроизводство функционирует, детерминирована рядом факторов. Прежде всего, его соответствием охарактеризованным выше *основным чертам уголовного судопроизводства*. Однако не только этим.

Впрочем, вопрос о современном отечественном уголовно-процессуальном праве – это особая тема, поэтому я ограничусь здесь уже сказанным. Добавлю лишь, что ход и перспективы современного

отечественного уголовно-процессуального права вызывают серьёзную озабоченность. Оно становится всё более декларативным и многословным, политизированным и односторонним. Нормотворчество в сфере уголовного судопроизводства всё дальше уходит от правоведов - практиков в этой области.

## **Очерк 2. ТЕОРИИ НАЧАЛЬНОГО ЭТАПА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

### 2. 1. Понятие начального этапа уголовного процесса

В науке советского и российского уголовного процесса начальным традиционно называется этап, на котором *происходит возбуждение уголовного дела или отказ в таковом*. «Возбуждение уголовного дела» относится к числу сложных процессуальных понятий. В науке можно встретить несколько вариантов его интерпретации. В зависимости от ситуации «возбуждение уголовного дела» может подразумевать:

во-первых, уголовно-процессуальный институт, нормы которого определяют условия, порядок и иные обстоятельства возникновения уголовного дела;

во-вторых, отдельный процессуальный акт (однократное процессуальное действие), выражающийся в вынесении надлежащими должностными лицами решения о том, что по данному конкретному, общественно опасному деянию начинается уголовное дело<sup>24</sup>.

в-третьих, этап уголовного процесса, в ходе которого в связи с обнаружением признаков преступления выполняются предусмотренные законом действия и возникают определенные процессуальные отношения;

<sup>24</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Возбуждение уголовного дела. – М., 1961.– С. 7.

Относительно двух первых толкований в науке уголовного процесса можно обнаружить относительно стойкое единодушие. Однако третье значение вызывает в научной среде полемику. Естественно, никто не отрицает тезис о том, что возбуждение уголовного дела это определенный этап (пусть временами и мизерный) в движении уголовного процесса к его цели. Вместе с тем, группе ученых представляется спорной идея, что этот этап - самостоятельная стадия уголовного судопроизводства, поскольку никаких исторических и «географических» предпосылок к такому самоопределению служебного (по сути) момента досудебного производства они не видят.

Теория самостоятельности стадии возбуждения уголовного дела - это детище не русской (российской)<sup>25</sup>, а именно советской (союзной) уголовно-процессуальной школы. «Выделение возбуждения уголовного дела - указывает профессор К.Ф. Гуценко, - в особую стадию судопроизводства, завершающуюся принятием мотивированного письменного решения (постановления) специально уполномоченным органом или должностным лицом, вполне можно отнести к специфике российского уголовного процесса наших дней»<sup>26</sup>.

Однако советские ученые-процессуалисты пришли к этому далеко не сразу. Во всяком случае, эта идея возникла не с первыми судебными декретами. Н.В. Жогин и Ф.Н. Фаткулин в своей монографии «Возбуждение уголовного дела», описывая историю становления одноименного правового явления (и как процессуального института, и как стадии) указывают, что «было время, когда все советские криминалисты исходили из того, что уголовный процесс состоит только из двух стадий: предварительного расследования и судебного рассмотрения дела»<sup>27</sup>.

Действительно, в ранних учебных пособиях по советскому уголовному процессу возбуждению уголовного дела не придавалось

<sup>25</sup>«Российская школа» здесь означает школу, имевшую место до революции 1917 г.

<sup>26</sup>Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко.- М., 1997. - С. 185.

<sup>27</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. - С. 33.

значения самостоятельной стадии уголовного процесса; о нем говорилось исключительно как о начальном моменте уголовного процесса<sup>28</sup>.

Не рассматривалось возбуждение уголовного дела в качестве самостоятельной стадии и в досоветские времена. Профессор (и сенатор) И.Я. Фойницкий, размышляя об «общей картине движения процесса», хотя и выделял в процессе значительно более двух самостоятельных стадий, возбуждение уголовного дела к таковым не причислял. **Главными стадиями уголовного процесса, по его мнению, следовало считать: 1) предварительное исследование, 2) предание суду, 3) подготовительные к суду распоряжения, 4) окончательное производство, 5) особые порядки его, 6) пересмотр приговоров, 7) исполнение приговоров<sup>29</sup>.**

К месту будет вспомнить, что сам термин «возбуждение уголовного дела» и тогда можно было встретить в уголовно-процессуальном законодательстве. О нем, в частности, упоминалось в главе третьей Устава уголовного судопроизводства (далее Устав или УУС), именуемой «О законных поводах к начатию следствия». К последним ст. 297 Устава относилась: «1) объявления и жалобы частных лиц, 2) сообщения полиции, присутственных мест и должностных лиц, 3) явку с повинной, 4) **возбуждение дела прокурором; 5) возбуждение дела по непосредственному усмотрению судебного следователя** (выделено нами ~ Авт.)».

Даже без подробного анализа формулировок приводимой нормы можно увидеть, что «возбуждение уголовного дела» (в данном контексте) не имеет отношения к этапам процесса, а означает лишь юридический акт компетентного должностного лица, рассматриваемый законодателем как повод к началу производства предварительного исследования.

<sup>28</sup>Вышинский А.Я. Курс уголовного процесса. – М.: Юриздат, 1927. – С. 145; Чельцов-Бebutov М.А. Советский уголовный процесс. Выпуск 2. – Харьков. Юриздат, 1929. – С. 192.

<sup>29</sup>Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. В 2-х т. Т. 2. – СПб, 1996. – С. 352.

Текст Устава уголовного судопроизводства цитируется по кн.: Российское законодательство X-XX веков. Т. 8. Судебная реформа. –М., 1991. – С. 120-251.

В соответствии с Уставом, единый порядок производства по уголовным делам не устанавливался: содержание этих действий определялось дифференцировано, в зависимости от того, какой орган вступал в действие первым. Если о «происшествии, заключающем в себе признак преступления» (ст. 250 Устава) первой узнавала полиция, то она была обязана не позже суток сообщить об этом судебному следователю и прокурору либо его товарищу.

При отсутствии последних «на месте» она должна была начать производство дознания, в ходе которого все нужные ей сведения собирала «посредством розысков, словесными расспросами и негласным наблюдением, не производя ни обысков, ни выемок в домах» (ст. 254 Устава). Кроме того, она была вправе произвести все следственные действия, которые считала необходимыми для закрепления доказательств «по горячим следам», когда до «прибытия на место судебного следователя следы преступления могли бы изгладиться» (ст. 258 Устава). В ст. 260 Устава указывалось: «При прибытии судебного следователя полиция передает ему все производство и прекращает свои действия по следствию до получения особых о том поручений».

Прокурорам и их товарищам право предварительного следствия также не предоставлялось. Все, что они могли сделать, так это выйти с «предложением о том судебным следователям» и «наблюдать» за производством следствия. Подчеркнём: достаточно последовательное проведение принципа разделения процессуальных функций.

При начале производства судебным следователем вынесения постановления о возбуждении уголовного дела не требовалось. Не требовалось и вынесение постановления об отказе в возбуждении дела, в случае если отсутствовала необходимость производства по делу. «Если судебный следователь в сообщении полицейских и других присутственных мест и должностных лиц не найдет достаточных оснований к производству следствия, то немедленно сообщает прокурору или его товарищу».

Похожим образом начало производства по уголовному делу было регламентировано и в первые десятилетия советского периода. Глава 7 УПК 1923 г. именовалась «Возбуждение производства по уголовному делу». Действия, которые следовали после поступления в компетентный орган законного повода, описывались в ст. 96 УПК. Орган дознания после «соединения» с поводом обязан был приступить к производству дознания, а следователь к производству следствия. Никаких промежуточных задач не ставилось. Чтобы не сложилось впечатления, что мы по-своему интерпретируем текст указанной нормы, приведем его дословно.

«При наличии поводов ... и при наличии в заявлении указаний на состав преступления:

1) органы дознания приступают к производству дознания, причем по делам, где обязательно производство предварительного следствия, обязаны не позже суток сообщить о том следователю и прокурору;

2) прокурор направляет дело для производства предварительного следствия или дознания или непосредственно в суд;

3) следователь приступает к производству предварительного следствия, о чем не позже суток сообщает прокурору;

4) суд направляет дело для производства дознания или предварительного следствия либо принимает дело непосредственно для рассмотрения его по существу».

Если подойти к анализируемой проблеме с географической стороны, то можно увидеть, что четкое обособление начального этапа уголовного процесса, как особой стадии в законодательстве большинства зарубежных стран отсутствует. Даже уголовно-процессуальному законодательству постсоциалистических государств Европы и теории уголовного процесса в этих странах стадия возбуждения уголовного дела, как правило, не известна<sup>30</sup>. Исключение составляет, пожалуй, законодательство НРБ (Болгарии). Г. Панайотов по этому поводу пишет: «Возбуждение предварительного следствия и дознания является начальной стадией,

<sup>30</sup>Уголовный процесс в европейских социалистических государствах. – М., 1978. – С. 160.

имеющей особенно важное процессуальное и криминалистическое значение. Правильно, что оно рассмотрено в отдельном разделе УПК».

«Это не означает, ~ как полагает В.П. Божьев, ~ что в уголовном судопроизводстве данных стран отсутствует этап, на котором решался бы вопрос о том, имеются ли основания для начала производства по делу или нет. Причина в другом: первоначальному этапу уголовного судопроизводства, при всей его несомненной важности, не придается такого уж значения, как, допустим, стадии производства в суде первой инстанции или стадии предварительного производства, а поэтому возведение данного этапа в ранг стадии считается неоправданным»<sup>31</sup>.

Чем же были вызваны к жизни рассуждения о самостоятельности стадии возбуждения уголовного дела? Автор осмелится предположить, что в основе этих идей лежат не процессуальные, а скорее политические (а может быть и психологические) мотивы. И хотя уголовно-процессуальная наука старается быть вне политики, она (точнее ее представители) весьма восприимчива к политическим веяниям. Так вот, если проследить хронологию появления первых (зарегистрированных литературой) соображений о самостоятельности анализируемой стадии, то они приходятся на середину~конец 30-х годов ~ печальный период отечественной истории. Однако автор не будет обосновывать эту догадку, поскольку полагает, что первоначальная мотивация возникновения учения о самостоятельности стадии возбуждения уголовного дела ~ а внутренним импульсом к размышлениям вполне мог послужить не чуждый и ученым извечный инстинкт самосохранения ~ впоследствии была вытеснена другими, уже достаточно правовыми (и не только процессуальными) соображениями.

Среди ученых-пионеров, выступавших за придание возбуждению уголовного дела статуса самостоятельной стадии часто называется имя М.

В частности, указывается такой источник как: Павлов С. Основни начала на наказателния процесс на НРБ. –София, 1956. – С. 48; Социалистическо право. – 1975. – №5.– С. 25.

<sup>31</sup>Уголовный процесс в европейских социалистических государствах. – С. 160-161.

С. Строговича<sup>32</sup>. Однако те, кто отдает М. С. Строговичу «пальму первенства», одновременно и мягко упрекают его за непоследовательность. Так, Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин, подчеркивают, что «он (М.С. Строгович - *Авт.*) считал, что в тех случаях, когда возбуждает уголовное дело и ведет по нему расследование один и тот же орган, возбуждение уголовного дела по сути совпадает с началом предварительного расследования. Тем самым он отчасти противоречил сам себе, ибо если возбуждение уголовного дела иногда по своему существу сливается с другой стадией процесса, то очевидно, что в этих случаях нельзя по формальным признакам выделить его в отдельную стадию»<sup>33</sup>.

При желании рецензенты творчества М.С. Строговича (касающегося самостоятельности стадии возбуждения уголовного дела) могли бы упрекнуть его и за более поздние высказывания на эту тему, поскольку профессор, признавая за возбуждением уголовного дела статус стадии уголовного процесса, по сути, отводил ей место за рамками судопроизводства: именно так мы интерпретировали фрагмент его авторского «Курса советского уголовного процесса», приводимый ниже.

«Уголовный процесс начинается лишь в силу определенного юридического процессуального акта уполномоченного на то органа (вполне очевидно, что речь идет именно об акте возбуждения уголовного дела - *Авт.*). Этот акт констатирует, что имеются необходимые условия для того, чтобы по данному конкретному случаю органы следствия, прокуратуры и суда могли приступить к производству процессуальных действий, направленных на разрешение и расследование уголовного дела. Таким образом, в этой стадии возникает уголовное дело и начинается по нему производство»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup>В качестве аргумента приводятся ссылки на: Строгович М.С. Учебник уголовного процесса. – М., 1938. – С. 105.

<sup>33</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 33.

<sup>34</sup>Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. – М., 1968. – С. 66.

Однако, несмотря на явные противоречия, идея нашла много последователей, активно взявшихся за укрепление теоретического фундамента «самостоятельности» стадии возбуждения уголовного дела<sup>35</sup>.

Н.Н. Полянский, проанализировав этап возбуждение уголовного дела и сопоставив его с признаками стадии (а к ним он относил ~ (1) самостоятельную задачу и (2) завершающее решение) также пришел к выводу, что возбуждение уголовного дела ~ - самостоятельная стадия<sup>36</sup>.

Анализируя эту позицию, автор подумал, что отталкиваясь от предложенных Н.Н. Полянским признаков, можно обнаружить в уголовном процессе по крайней мере еще одну стадию ~ - стадию изучения дела, законченного составлением обвинительного заключения, прокурором. Здесь конечно можно возразить, что указанные действия прокурора это всего лишь этап предварительного расследования<sup>37</sup>. Однако почему же тогда не считать просто этапом досудебного производства и возбуждение уголовного дела?

Тем не менее, со временем число сторонников «стадийного» статуса возбуждения уголовного дела последовательно умножалось и уже в «Очерке развития науки советского уголовного процесса», вышедшем в 1980 г., твердо прозвучала констатация, что точка зрения о придании возбуждению уголовного дела статуса самостоятельной стадии является общепризнанной<sup>38</sup>. Таким образом, уголовный процесс получил еще одну аксиому. Именно аксиоматичность этой идеи и вызвала у автора отдельные

<sup>35</sup>Как тут не вспомнить закон Орра: «Чтобы не думал Думающий, Доказывающий это докажет». Роберт А. Уилсон. Психология эволюции. – Киев: «София», 1998. – С. 28.

<sup>36</sup>Полянский Н.Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. – М., 1960. – С. 125. Зачатки идеи о самостоятельности стадии возбуждения уголовного дела можно встретить и в более ранних его трудах. См.: Рецензия на «Уголовный процесс» М.С. Строговича // Советская книга. – 1947. – № 4. – С. 18.

<sup>37</sup>Найдется немало ученых, которые оспорят и эту позицию. Так, нижегородская школа процессуалистов не относит эти действия прокурора к стадии предварительного расследования, а считает, что рассматриваемая процедура является самостоятельной частью уголовного судопроизводства. Подробнее см.: Практикум по советскому уголовному процессу / Под ред. В.Т. Томина и Г.Н. Козырева. – Горький, 1987. – С. 9-12.

<sup>38</sup>Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. – Воронеж, 1980.

сомнения в правильности (или по крайней мере исключительности) подобного подхода<sup>39</sup>.

Сегодня уголовно-процессуальная наука выделяет в системе признаков стадии все больше и больше элементов. Н. В. Жогин, Ф. Н. Фаткулин называют четыре признака: 1) неизбежность данного этапа (если иное не оговорено законом); 2) наличие самостоятельной задачи (связанной с общими задачами процесса), невыполнение которой препятствует дальнейшему развитию процесса; 3) процессуальные действия и отношения, образующие самостоятельную стадию уголовного процесса, протекают в специфичной для данной стадии обстановке (условиях); особое положение субъектов; 4) в конце каждой стадии уголовного процесса принимается акт, в котором уполномоченные должностные лица излагают свое решение и указывают дальнейший ход дела<sup>40</sup>. Представители нижегородской школы процессуалистов также называют четыре признака: 1) непосредственная задача; 2) специфические методы; 3) свой круг участников; 4) специфическая структура стадии<sup>41</sup>.

Учебники уголовного процесса, вышедшие в последние годы, выделяют схожие по содержанию признаки, число которых, как правило не превышает пяти.

<sup>39</sup>Говорят, когда Эйнштейна спросили, каким образом он открыл теорию относительности, он ответил: «Усомнившись в аксиоме» (Б. Гулд).

<sup>40</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 39.

<sup>41</sup>Практикум по советскому уголовному процессу. – С. 14.

Заметим, однако, что профессор В.Т. Томин, весьма серьезно разрабатывавший доктрину системного построения уголовного судопроизводства, не абсолютизирует значимости дробления процесса на стадии. Он полагает, что существующее ныне структурирование процесса на шесть обычных и две экстраординарные стадии вызвано не столько потребностями процессуальной практики в систематизации процессуальных процедур, сколько преследует цель упорядочения преподавания уголовного процесса как учебной дисциплины. М.П. Поляков, ссылаясь на эту точку зрения в своей диссертации «Налоговая полиция как орган дознания» (Н.Новгород, 1995. С. 19), приводит следующий ее источник: Томин В.Т. Понятие, сущность и задачи советского уголовного процесса. Магнитная запись лекции. Фонд кафедры уголовного процесса НВШ МВД РФ.

Однако современное (расширенное) количество признаков стадии не является препятствием для отнесения этапа возбуждения уголовного дела к системе стадий уголовного процесса<sup>42</sup>.

Вместе с тем, «аксиоматизация» какого-либо научного постулата лишь на время убавляет (но не уничтожает) ряды скептиков<sup>43</sup>. Даже тогда, когда популярность рассматриваемой идеи «охватила массы», находились ученые невосприимчивые к новой научной моде. Так, М. Л. Шифман в 1957 г. писал<sup>44</sup>, что нет «никакой необходимости в выделении отдельной стадии возбуждения уголовного дела», что «нет основания искусственно разграничивать возбуждение уголовного дела и предварительное расследование на две стадии, тем более, что возбуждение уголовного дела сводится по существу к составлению единственного документа - постановления о возбуждении уголовного дела. Кому нужна эта микростадия?»<sup>45</sup>.

Сегодня ряды ученых, оспаривающих аксиоматичность самостоятельности этапа возбуждения уголовного дела, значительно пополнились<sup>46</sup>. Некоторые авторы в этом направлении весьма оригинальны. В литературе можно встретить мнение, ставящее под сомнение даже первоначальность стадии возбуждения уголовного дела. Появляется определенная тенденция дотраивания уголовного судопроизводства новыми стадиями. А. Балашов в своей статье «Действительно ли возбуждение уголовного дела - первоначальная стадия уголовного процесса?» приходит к выводу, что таковой является не стадия

<sup>42</sup>См. Уголовный процесс / Под ред. В.П. Божьева. – М., 1998. – С.7; Уголовно-процессуальное право России / Под ред. П.А. Лупинской. – М., 1998. – С. 15-16 и др.

<sup>43</sup>Авторитеты давно бы уничтожили науку, если бы их постулаты не ставились под сомнения. Садецкий В.А. Логика Бессмертия // Большой огонь галактики и мы. – М.: «Жоалино», 1997. – С. 83.

<sup>44</sup>Вероятно в это время идея главы восьмой УПК РСФСР 1960 г. уже сложилась в головах его (УПК) будущих составителей.

<sup>45</sup>Социалистическая законность. – 1957. – № 7. – С. 18.

<sup>46</sup>См.: Бажанов С. Оправдана ли так называемая доследственная проверка? // Законность. – 1995. – № 1. – С. 51-54; Балашов А. Действительно ли возбуждение уголовного дела - первоначальная стадия уголовного процесса? // Законность. – 1989. – №8. – С. 53-54.

возбуждения уголовного дела, а проверка и разрешение заявлений и сообщений о преступлении<sup>47</sup>.

Однако, в большинстве своем, оспаривается (по сути) не положение: возбуждение уголовного дела – стадия или не стадия? Первая или не первая? Оспаривается «канонизация» этого, во многом служебного, этапа судопроизводства. Совершенно правильно в этой связи пишет С.П. Сереброва: «Сегодня позиция, что возбуждение уголовного дела – самостоятельная стадия уголовного процесса, является в российской (советской) процессуальной науке господствующей, самодовлеющей и, в силу этого, из гаранта обеспечения законных интересов личностей в процессе становится камнем преткновения на пути движения уголовного процесса к его цели»<sup>48</sup>.

Служебный характер стадии возбуждения уголовного дела особенно рельефно проявляется при начале процессуального производства при непосредственном обнаружении компетентными органами признаков преступления, в особенности органами, наделенными специфическими поисковыми полномочиями.

Однако имеется мнение, что вопрос об отнесении возбуждения уголовного дела к стадиям носит не умозрительную, а именно практическую значимость. Н.В. Жогин и Ф.Н. Фаткулин подчеркивают принципиальное значение расстановки позиций в этой дискуссии. «В зависимости от того, как решаются эти вопросы, – пишут они, – может меняться подход к решению ряда практически важных проблем. Если, например, встать на точку зрения, что возбуждение уголовного дела является частью предварительного расследования, то логически отпадает основание запрещать совершать те или иные следственные действия при проверке первичного материала, ибо в этом случае неизбежен вывод, что начало предварительного расследования, как стадии процесса, связано с принятием заявления (сообщения) о преступлении. С этой точки зрения,

<sup>47</sup>Социалистическая законность. – 1989. – № 3. – С. 53.

<sup>48</sup>Сереброва С.П. Проблемы рационализации досудебного производства. – Н. Новгород, 1997. – С. 58.

далее сроки предварительного расследования надо исчислять опять-таки с момента поступления первичного материала о преступлении и т.д.»<sup>49</sup>.

В приведенной цитате весьма заметно проявляет себя распространенная «научная фобия» – боязнь допустить на этапе возбуждения уголовного дела производство следственных действий. Автор не случайно именуется это явление именно научной фобией, поскольку для практика, работающего на цель уголовного процесса, а не на научную концепцию, важен результат, а не чистота идеи. Если вспомнить историю ныне действующего УПК РСФСР, то можно прийти к выводу, что с 1961 по 1963 г. официальным лицам на месте происшествия разрешалось присутствовать только с закрытыми глазами, поскольку осмотр места происшествия до возбуждения уголовного дела был разрешен *de jure* только в 1963 г.; хотя не трудно предположить, что *de facto* он проводился всегда, когда того требовали обстоятельства. Так же обстоит дело с другими следственными действиями.

Вопрос о необходимости расширения перечня следственных действий, производимых до возбуждения уголовного дела, неоднократно поднимался и обсуждался на страницах юридической литературы<sup>50</sup>.

Однако, российский законодатель упорно не желает замечать ни глубоко обоснованных доктринальных предложений, ни объективных потребностей практики. «А надобно, между прочим, – замечает профессор В. Т. Томин, – единственное: исходя из, к сожалению, все еще буксующего принципа «можно то, что не запрещено и не противоречит нравственным нормам», записать в ст. 109 УПК: «допускается производство

<sup>49</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Н.В. Указ. работа. – С. 34.

<sup>50</sup>Альперт С.А., Стрёмовский В.А. Возбуждение уголовного дела органами милиции. – Харьков, 1957; Михайленко А.Р. Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе. – Саратов, 1975. – С. 18-19; Светлаков Е.М. Технические средства для производства криминалистических экспертиз на месте происшествия // Теория и практика получения доказательственной информации техническими средствами на предварительном следствии. – Киев, 1980; Федоров Ю.Д. Использование специальных знаний при осмотре места происшествия // Пути совершенствования следственных аппаратов органов внутренних дел. – Ташкент, 1987; Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – С. 111-116 и др.

следственных действий, не связанных с реальным применением мер процессуального принуждения».

Новые УПК некоторых республик бывшего СССР в той или иной степени реализовали идею расширения круга следственных действий, проводимых до возбуждения уголовного дела. Так, ст. 329 УПК Республики Узбекистан (УПК РУ), регламентирующая порядок рассмотрения заявлений, сообщений и иных сведений о преступлениях, предусматривает возможность проведения экспертизы (без указания на какую-либо разновидность ее)<sup>51</sup>.

Допускает производство экспертизы на указанном этапе и ст. 184 УПК Республики Казахстан (УПК РК)<sup>52</sup>. Указанная статья содержит и еще несколько любопытных положений.

«Решение по заявлению или сообщению о преступлении должно быть принято не позднее двадцати четырех часов со дня его поступления<sup>53</sup>. В необходимых случаях для получения дополнительных сведений, истребования документов или иных материалов, проведения осмотра места происшествия, экспертизы этот срок может быть продлен начальником органа дознания, начальником следственного отдела до десяти суток, а в исключительных случаях ~ до одного месяца, о чем в течение двадцати четырех часов должен быть уведомлен прокурор».

Можно было бы побороть приведенную статью в части, касающейся продления срока аж на целый месяц. Однако делать этого мы не будем. Причина тому проста ~ сложность и многообразие жизни. Вполне возможно предположить (а практическому работнику просто припомнить) ситуацию, когда решение вопроса о возбуждении уголовного дела может растянуться на месяц (ы)<sup>54</sup>.

<sup>51</sup>Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан. – Ташкент: «Адолат», 1995. – С. 157.

<sup>52</sup>Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан. – Алматы, 1998.

<sup>53</sup>Любопытно - срок измеряется часами, но почему то «со дня».

<sup>54</sup>Предложения о возможности отсрочки возбуждения уголовного дела до одного месяца можно увидеть и на страницах российской юридической печати. В. Махов предлагает такое право предоставить прокурору. См.: Махов В. Законодательство о возбуждении уголовного дела // Социалистическая законность. – 1997. – № 1. – С. 35.

Согласно ст. 220 УПК РУ «задержание может быть произведено как до возбуждения уголовного дела, так и после его возбуждения». Таким образом, Узбекский законодатель положил (на своей территории уж точно) конец научной дискуссии по поводу допустимости (недопустимости) задержания до возбуждения уголовного дела.

А вот по УПК РК задержание похоже вообще не рассматривается как следственное действие. Статья, регламентирующая эту малоприятную процедуру, помещена в главу «Меры процессуального принуждения». Устранение статуса следственного действия позволило казахстанскому законодателю расширить не только «географию» его применения, но и значительно увеличить число субъектов-применителей. УПК РК предоставляет право на задержание лиц, совершивших преступление, - потерпевшим, а также любым гражданам, ставшим очевидцами преступления (ст. 133).

Проект УПК РФ не содержит прямого указания на то, что производство задержания подозреваемого возможно только после возбуждения уголовного дела. Однако для процедурного права отсутствие предписания, в большинстве случаев, следует рассматривать как прямой запрет. В связи с этим, автор предлагает записать в новом УПК РФ о том, что задержание лица, заподозренного в совершении преступления возможно и до принятия решения о возбуждении уголовного дела. В этом случае решение о возбуждении уголовного дела принимается не позднее чем в двадцать четыре часа с момента доставления лица в орган дознания или следователю.

Профессор В. Т. Томин предлагает вообще рассматривать задержание как повод к возбуждению уголовного дела. «Такое решение, - пишет он, - соответствует природе задержания. Это непосредственная реакция компетентного органа, чаще всего милиции, на обнаружение им признаков преступления»<sup>55</sup>.

<sup>55</sup>Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – С. 115-116.

Подобной позиции придерживался и **В. М. Савицкий**, заметивший что «задержание  $\tilde{}$  - есть повод к возбуждению уголовного дела, но повод особый, необычный. Его своеобразие в том, что он не существует, и по природе своей не может существовать вне оснований к возбуждению уголовного дела, в отрыве, отдельно или изолированно от них. Больше того, задержание тот уникальный случай, когда основания к возбуждению уголовного дела обнаружены хронологически раньше, чем объективно возникает повод в возбуждению уголовного дела, т.е. совершится сам акт задержания»<sup>56</sup>.

**Однако относительно допуска других следственных действий до возбуждения уголовного дела В.М. Савицкий предельно категоричен  $\tilde{}$  - «ни в коем случае», ибо это, по его мнению неизбежно приведет к «эрозии процесса».**

По логике предыдущего текста, автор сейчас должен бы был раскритиковать подобный консерватизм В. М. Савицкого. Однако автор поступит с точностью «до наоборот»  $\tilde{}$  - соиздательно прислушается к аргументам профессора. А к ним, по нашему мнению, обязательно стоит прислушаться. Вот что выдвигает В. М. Савицкий, например, в качестве контраргумента допуска назначения и производства экспертизы: «Позволю себе утверждать, что признаки преступления  $\tilde{}$  - если искать действительно только признаки, не больше  $\tilde{}$  - всегда можно обнаружить не прибегая для этого ни к какой экспертизе»<sup>57</sup>.

При желании можно было бы привести ни один авторитетный довод обратного. Но можно и согласиться (опять же при желании), что при использовании пяти органов чувств, «помноженных на мышление», возможно сделать из исходных данных вероятный вывод о наличии признаков преступления. Было бы только позволено «ищущему рисковать,

<sup>56</sup>Савицкий В.М. Надо ли реформировать стадию возбуждения уголовного дела // Советское государство и право. – 1974. – № 8. – С. 88.

<sup>57</sup>Савицкий В.М. Указ работа. – С. 86.

принимать решения в условиях недостаточной информационной определенности»<sup>58</sup>.

Ведь в ряде случаев, стремление к специальным исследованиям это стремление застраховать себя от необоснованного решения о возбуждении уголовного дела, а точнее от гнева прокурора (обоснованного необоснованностью).

И как тут не согласиться с хронологически давним, но по актуальности современным выводом В. М. Савицкого о том, что в действительности пересмотра требует не порядок возбуждения уголовного, «а неправильная ведомственная практика, ставящая, по существу, знак равенства между прекращением уголовного дела за отсутствием события или состава преступления, с одной стороны и незаконностью и необоснованностью возбуждения уголовного дела - с другой»<sup>59</sup>.

«Стоит радикально изменить ее - продолжает он далее, - как тотчас исчезнет питательная почва для любых реформ, предлагаемых с единственной, хотя и не афишируемой целью - застраховать действия органа дознания, следователя и прокурора от критики, которой они могут подвергнуться в случае прекращения уголовного дела».

«Все предложения по расширению круга следственных действий до возбуждения уголовного дела в конечном итоге продиктованы заботой о судебной перспективе»<sup>60</sup>.

После таких «ударных» цитат автор задается вопросом, а нужна ли вообще стадия возбуждения уголовного дела российскому судопроизводству. Этот же вопрос только в менее категоричных формулировках задают и другие исследователи. С.В. Бажанов, например, спрашивает: «Оправдана ли так называемая доследственная проверка?» И приходит к выводу, что в большинстве случаев нет<sup>61</sup>, поскольку полагает,

<sup>58</sup>Томин В.Т. Указ. работа. – С. 109.

<sup>59</sup>Савицкий В.М. Указ работа. – С. 86.

<sup>60</sup>Савицкий В.М. Указ работа. – С. 87.

<sup>61</sup>Бажанов С. Оправдана ли так называемая доследственная проверка // Законность. – 1995. – № 1. – С. 51-54.

что процессуальные сроки, установленные ч. 1 ст. 109 УПК, далеко не всегда достаточны для принятия обоснованного решения. Поэтому весьма часто они нарушаются. Да и решения, принимаемые в такие короткие сроки вряд ли могут претендовать на звание обоснованных. Но, с другой стороны, они не могут быть, по его мнению, и преждевременными. С.В. Бажанов полагает, что к возбуждению уголовного дела вообще неприменимы такие эпитеты как «преждевременность» и «обоснованность»; законодатель как раз и предусматривает «возможность «преждевременного» возбуждения уголовного дела, когда у следователя (органа дознания) в момент начала расследования остаются сомнения относительно наличия в исследуемом деянии события (состава) преступления<sup>62</sup>.

К слову, возражает С.В. Бажанов (да и не он один<sup>63</sup>) против названия стадии. «Возбуждение уголовного дела», считает он, не совсем верно отражает ее содержание. Аргумент ~ по результатам проверочных действий могут приниматься не только решения о ВУД, но и об отказе в этом, а также о направлении уголовного дела по подследственности и подсудности<sup>64</sup>.

Но основной вывод, который делает С.В. Бажанов, и с ним трудно не согласиться, ~ доследственная проверка это, по сути, тоже самое расследование. Вот, что он пишет по этому поводу: «так называемая **доследственная проверка в стадии возбуждения уголовного дела не может не быть не процессуальной, ибо регламентирована, хотя и не достаточно четко, уголовно-процессуальным законодательством. Как бы мы не ухищрялись ее называть, это есть ни что иное, как расследование, только проводимое с нарушением норм УПК и конституционных прав граждан**»<sup>65</sup>.

<sup>62</sup>Бажанов С. Указ. работа. – С. 51.

<sup>63</sup>См. например: Балашов А. Указ. работа. – С. 53.

<sup>64</sup>В литературе можно встретить предложения о продлении этих сроков прокурором. См.: Белозеров Ю.Н., Марцифин П.Г. Обеспечение прав и законных интересов личности в стадии возбуждения уголовного дела. – М., 1994. – С. 71; Махов В. Указ. работа. – С. 36.

<sup>65</sup>Бажанов С. Указ. работа. – С. 53.

«Не хотелось бы показаться черезчур категоричным. Однако глубокое убеждение автора (С.В. Бажанова – Авт.) состоит в том, что проверочные действия в стадии возбуждения уголовного дела представляют собой анахронизм уголовно-процессуального законодательства, сводящийся к бессмысленной волоките и чрезмерной перестраховке. Уголовное дело необходимо возбуждать на основании повода, если, конечно, в нем содержатся данные, указывающие на признаки преступления.

Акт возбуждения уголовного дела следует расценивать в качестве правового основания для производства следственной проверки, не увязывая ее в обязательном порядке со скоропалительной квалификацией исследуемого деяния»<sup>66</sup>.

Но кажется пора выслушать и другую сторону – сторону сторонников аксиомы – «возбуждение уголовного дела – стадия».

Первый аргумент можно сформулировать следующим образом – стадия возбуждения уголовного дела является существенной правовой гарантией от необоснованного вовлечения личности в уголовный процесс.

Что ж аргумент правильный. Только автора он не сильно убеждает. Во-первых, нам не совсем по душе подход, в котором уголовный процесс представляется как некая «страшилка». Не процесс страшен, а неуместное ущемление прав индивида. Поэтому избегать нужно не вовлечения в уголовный процесс, а необоснованного принуждения. Уголовный процесс – процедура необходимая не для того, чтобы сделать путь к истине мучительным для участников процесса. Напротив, эта процедура (в идеале) необходима для, обеспечения комфортности установления достоверной картины конфликта, повлекшего возбуждение уголовного дела.

Во-вторых, нам представляется, что гораздо больше возможностей для защиты прав личности предоставляет как раз стадия расследования.

<sup>66</sup>Бажанов С. Указ. работа. – С. 53.

В-третьих, в приведенном аргументе содержится внутреннее противоречие. Признание позиции, что стадия возбуждения уголовного дела – самостоятельная и стало быть процессуальная, делает сомнительным констатацию о том, что на данной стадии личности находятся вне процесса. Простите, но где же еще? Если абстрагироваться от процессуальных обрядовых процедур и сделать упор на функциональную сторону общения: «орган – личность», то большой разницы в «сенсорном» восприятии действий правоохранительного органа личностью, думается, не будет. Наверняка, лицу, не понравившемуся таможеннику, комфортнее не становится от того, что в его личных вещах «шарят» не посредством обыска по возбужденному уголовному делу, а путем личного досмотра в рамках производства о нарушении таможенных правил (текстуально это может быть звучит несколько угловато, но мысль надеемся понятна).

В-четвертых, если уж настаивать на заповеди «не засвети невиновного», иными словами «не дай соседям повода подумать о причастности лица к совершению преступления», то здесь есть резон говорить не о проверке эрзац-средствами ст. 109 УПК, а о проверке мерами ОРД. Однако тут мы снова натолкнемся на демократично громкий окрик - «стоп, права человека». К слову, проверка вообще осуществляется в отношении криминального факта, а не в отношении лица<sup>67</sup>: преследование лиц начинается после вынесения акта о привлечении в качестве обвиняемого.

Что касается экономии сил следственных органов, то экономия эта, по нашему мнению, весьма сомнительна и уж точно относительна. В рамках всей правоохранительной системы эффект от этой экономии может оказаться равным нулю. А о местечковой экономии говорить – не государственный подход.

<sup>67</sup>На это обстоятельство указывал еще М.С. Строгович. Уголовный процесс. – М., 1946. – С. 254.

И вообще о какой процессуальной экономии может идти речь, если в органах внутренних не так уж редки случаи, когда отказные проверочные материалы по объему превосходят иные уголовные дела<sup>68</sup>.

Сказанное выше заставляет еще раз «плотно» задуматься о состоятельности концепции теоретической и главное практической обособленности стадии возбуждения уголовного дела.

Сегодня стало модным реанимировать старые уголовно-процессуальные институты. Однако «археологи» судебной реформы «ведут раскопки» преимущественно в судебных стадиях судопроизводства. На свет извлечены суды присяжных; в декабре 1998 г. получил законодательное право на жизнь институт мировых судей. Явление это имеет две стороны. Ни одна из них автором обсуждаться не будет. Цель раздумий другая – постановка вопроса: почему бы не вернуться и к исторической схеме предварительного (досудебного) производства. Вернуться не процедурно, а концептуально: увидеть и признать, что **первой настоящей стадией уголовного процесса является стадия досудебного производства.**

Автор не является здесь первооткрывателем. Досудебную подготовку как этап УСП толкуют многие исследователи. Причем, идея выделения **в качестве первоначальной стадии – предварительного производства (а не возбуждения уголовного дела) в последнее время звучит все настойчивее.** Ю. К. Якимович предлагает уголовный процесс подразделить «по вертикали» – на виды уголовных судопроизводств и «по горизонтали» – на **уголовно-процессуальные этапы, стадии. По его мнению, этих стадий две – досудебное производство и судебное производство<sup>69</sup>.** С. П. Сереброва прямо предлагает назвать первую стадию уголовного процесса – **досудебное производство<sup>70</sup>.**

<sup>68</sup>Бажанов С. Указ. работа. – С. 53.

<sup>69</sup>Якимович Ю.К. Структура советского уголовного процесса: система стадий и система производств. Основные и дополнительные производства. – Томск, 1991. С. 4-5, 46.

<sup>70</sup>Сереброва С.П. Указ. работа. – С. 46.

## 2.2 Поводы для начала уголовного процесса

### *Законодательное и доктринальное истолкование поводов*

Уголовно-процессуальный закон оперирует понятием повода к возбуждению уголовного дела. Однако поступление в правоохранительный орган перечисленных в ст. 108 УПК информационных источников не всегда влечет за собой немедленное возбуждение уголовного дела (равно как и «медленное» его возбуждение). Наличие формального повода активизирует принцип публичности, побуждающий сотрудников компетентного органа проверить содержащуюся в источнике информацию. При проведении данной проверки допускаются различные процедуры, в том числе и уголовно-процессуальные. В исключительных случаях законодатель позволяет производить осмотр места происшествия. Таким образом, поступление информационного повода в любом случае означает начало уголовно-процессуальной деятельности, но не всегда порождает возбуждение уголовного дела. Для начала уголовного процесса достаточно только повода. Для принятия решения о возбуждении уголовного дела одновременно нужно иметь и повод и основание.

Законодатель использует термин «повод», как нечто само собой разумеющееся, полагая, вероятно, что он семантически самодостаточен. Однако, буквальное понимание повода в ряде случаев может идти в разрез с установленной законом процедурой. На этот момент обратил внимание Р. Х. Якупов. «Данное выражение не стоит понимать буквально - пишет он в своем авторском учебнике, - по этим же заявлениям и сообщениям может быть отказано в возбуждении уголовного дела или принято другое решение. Поэтому в ст. 108 фактически идет речь о поводах к началу производства в стадии возбуждения уголовного дела»<sup>71</sup>.

Отсутствие законодательного определения, естественно, сильно возбуждает исследователей. Однако обилие дефинитивных предложений в

<sup>71</sup>Якупов Р.Х. Уголовный процесс. – М., 1998. – С. 209.

юридической литературе не делают данное понятие четко определенным и бесспорным. В монографиях и журнальных статьях мы обнаружили ряд дефиниций повода, из которых явствует, что на сегодняшний день имеется несколько взаимодополняющих подходов<sup>72</sup>. В ранних работах (если не обращать внимание на нюансы) большинство процессуалистов отстаивали две основные точки зрения: первая сводилась к тому, что под поводом к возбуждению уголовного дела подразумеваются ~ первичные сведения о преступном факте; приверженцы второй позиции склонны были видеть в поводе ~ источники названных сведений. В последствии эти подходы синтезировались в понимание повода как ~ источника, содержащего сведения о преступлении<sup>73</sup>.

Указанный подход можно встретить и в последних учебниках. Так, Н.А. Громов также полагает, что «под поводами к возбуждению дела понимаются те источники, из которых органы, возбуждающие дело, получают сведения о совершенном или готовящемся преступлении»<sup>74</sup>.

Придерживаются названной позиции и некоторые комментаторы уголовно-процессуального законодательства. А. А. Чувилев, комментируя ст. 108 УПК РСФСР указывает: «Поводы к возбуждению уголовного дела следует понимать как поводы к началу уголовно-процессуальной деятельности. Поводы, предусмотренные п.п. 1-5 ч. 1 ст. 108, представляют собой поступившие в орган дознания, следователю, прокурору, суду и судье источники первичных сведений о признаках совершения (или подготовки к совершению) преступления»<sup>75</sup>.

Однако позиция, согласно которой повод это источник сведений о признаках преступления ~ и только, на сегодняшний день, по нашему убеждению, является анахронизмом. Точнее анахронизмом является

<sup>72</sup>Именно так, по мнению автора следует охарактеризовать полемику. Всякое новое слово, даже критическое не отрицает других точек зрения, а дополняет их.

<sup>73</sup>Рахунов Р.Д. Возбуждение уголовного дела в советском уголовном процессе. – М., 1954. – С. 31; Карев Д.С., Савгирова М.Н. Возбуждение и расследование уголовных дел. – М., 1967. – С. 6. и др.

<sup>74</sup>Громов Н.А. Уголовный процесс России. – М., 1998. – С. 221.

<sup>75</sup>Научно-практический комментарий к УПК РСФСР / Под ред. проф. В.П.Божьева. –М., 1997. – С. 209.

~нежелание видеть у повода к возбуждению уголовного дела другую сторону ~ юридическую.

Подобный односторонний подход в свое время подвергся достаточно «увесистой» критике со стороны Н. В. Жогина и Ф. Н. Фаткулина. «Во-первых, ~ писали они, ~ следует учесть, что сведения, необходимые для возбуждения уголовного дела, могут быть получены из троякого рода источников: из заявления (сообщения) о преступлении, из приложенных к нему материалов и из документов, добытых в ходе проверки сообщения. Из этих источников два последние ~ документы, приложенные к сообщению (заявлению), и материалы, добытые при его проверке, ~ ни при каких условиях под понятие повода не подходят. Иначе теряется смысл данного процессуального понятия.

Даже заявления (сообщения), рассматриваемые обычно в качестве источника, из которого органы прокуратуры, суда, следствия и дознания узнают о преступном факте, не во всех случаях имеют значение повода. В частности, по правонарушениям, преследуемым в порядке частного и частно-публичного обвинения, заявления или сообщения лиц, непосредственно не пострадавших от преступления, не являются поводом к возбуждению уголовного дела, хотя они ~источники, из которых органы суда, прокуратуры, следствия и дознания могут узнать о совершенном общественно опасном деянии»<sup>76</sup>.

В качестве контраргумента Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин приводилось мнение, что «если в отношении некоторых поводов (заявления и сообщения) имеется какая-то возможность говорить как о сведениях о преступлении или об их источниках, то при этом они берутся с доказательственной стороны, которая выявляется главным образом тогда, когда вопрос о возбуждении уголовного дела уже решен. Побудительная сторона повода, показывающая предпосылку возникновения деятельности по возбуждению уголовного дела, затемняется. В результате этого, вопрос о том, почему эта деятельность началась, чем она обусловлена, остается

<sup>76</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 90.

нерешенным. Между тем при уяснении существа повода самое важное - его побудительная сторона, которая дает ответ на данный вопрос. А с этой стороны повод есть условие, при наличии которого закон уполномочивает совершить действия и вступить в отношения, образующие в своем единстве деятельность по возбуждению уголовного дела. Повод выступает как правовая предпосылка, а эти процессуальные действия и отношения - как ее результат»<sup>77</sup>.

Указанные авторы приводили еще несколько аргументов, но они в большинстве своем строились на устаревшей ныне формулировке одного из поводов, а именно п. 5 ст. 91 УПК РСФСР 1923 г. - «непосредственное усмотрение органов дознания, следователя или суда».

Собственно и современная формулировка названного выше повода, не позволяет, по мнению отдельных ученых, рассматривать его как источник информации. А.Р. Михайленко считает, что «такие поводы, как непосредственное обнаружение органом дознания, следователем, прокурором или судом признаков преступления (п. 6 ст. 108 УПК РСФСР) даже по филологическому смыслу слова не может быть признаны источниками информации. Слово «обнаружить» и «передача» означает прежде всего определенную деятельность, а не источник информации»<sup>78</sup>.

Из критики отдельных слабых мест, которые в последствии были устранены путем законодательной техники, Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин сделали вывод о том, что «законодатель именуется поводом те условия, при наличии которых у надлежащих должностных лиц появляются определенные права и обязанности. Он связывает с поводом возникновение ряда правовых отношений».

Далее, «резюмируя все сказанное», они вывели, что:

а) поводом следует считать юридические факты, вызывающие деятельность по возбуждению уголовного дела;

б) эти юридические факты лишь обуславливают данную деятельность, но отнюдь не определяют ее результаты;

<sup>77</sup>Там же. – С. 92.

<sup>78</sup>Михайленко А.Р. Указ. работа. – С. 21.

в) они сами выражаются в указанных уголовно-процессуальным законом действиях, при помощи которых органы прокуратуры, суда, следствия и дознания осведомляются (получают или обнаруживают сведения) о готовящемся или совершенном преступлении;

г) источниками первичных сведений о преступлениях, имеющими доказательственное значение при решении вопроса о возбуждении уголовного дела, могут быть как документы, в которых отражаются эти действия, так и всякие иные документы (вещественные источники), которые так или иначе оказываются в распоряжении названных выше органов.

Эти выводы, по мнению указанных авторов, соответствуют также этимологическому и логическому содержанию термина «повод», который с этой точки зрения есть не что иное, как толчок, побуждение, повлекшие за собой определенные действия.

Критически к исключительному пониманию поводов как информационных источников отнесся и Р. Х. Якупов. По его размышлениям, «определение повода как источника сведений о преступлении неприемлемо. Оно не охватывает таких поводов, как «явка с повинной» и «непосредственное обнаружение ... признаков преступления»<sup>79</sup>.

К слову, «явку с повинной» из повода-действия планомерно пытаются перевести в повод-источник. В ст. 150 Проекта УПК РФ данный повод формулируется как «заявление о повинной». Заявлением о повинной его называют и УПК некоторых республик СНГ, в частности, п. 5 ст. 322 УПК РУ.

Автору тем не менее представляется, что предпочтительнее все же формулировка «явка с повинной», поскольку в ней запечатлен волевой (добровольный) акт заявителя, и его непосредственное обращение в орган правопорядка.

Сам Р.Х. Якупов считает поводом «не само заявление или

<sup>79</sup>Якупов Р.Х. Указ. работа. – С. 209.

сообщение о преступлении, а факт получения (поступления, принятия, обнаружения) его компетентным органом<sup>80</sup>. Это понимание он возводит на толковании повода как «обстоятельства, события, случая, используемых как предлог или побудительный толчок к развязыванию каких-либо событий, имеющих более глубокие причины и основания»<sup>81</sup>.

Эту позицию разделяет и А.Н. Копьева. Это вполне определенно явствует из следующей цитаты: «Поводом должно являться не заявление, например, а факт подачи последнего заявителем и т.д. Кроме того, при определении повода как юридического факта не выделяются характерные свойства именно данного обстоятельства. Поскольку само преступление тоже является действием или бездействием и оно влечет возбуждение уголовного дела, то следует разграничивать событие преступления и повод к возбуждению уголовного дела. Только факт представления гражданином заявления в один из органов борьбы с преступностью или непосредственное обнаружение таким органом каких-либо фактов без учета их содержания не может повлечь решения о возбуждении уголовного дела»<sup>82</sup>.

Представляется, что ограничение понимания повода только «фактом получения его» (такой конструкт, откровенно говоря, нам вообще представляется сомнительным с позиции формальной логики) является не обоснованным. Формально-информативная сторона повода, указанная в ст. 108 УПК, не менее важна, поскольку и «упаковка» информации определяет последующие юридические события, а не только факт ее получения. Так, если заявление о преступлении будет анонимно, то факт его получения органом дознания не породит уголовно-процессуальных действий.

Уязвимость критикуемой позиции заключается в ее односторонности. Р.Х. Якупов фактически сам загнал себя в тесные

<sup>80</sup>Там же. – С. 210.

<sup>81</sup>Кондаков Н.И. Логический словарь-справочник. –М., 1975. – С. 447.

<sup>82</sup>Копьева А.Н. Значение документов при возбуждении уголовного дела // Вопросы борьбы с преступностью. Труды Иркутского государственного университета, вып. 11, ч. 4, т. 81, серия юридическая. – Иркутск, 1971. – С. 90.

рамки, отрицая положение, согласно которому повод это источник криминальной информации.

Н. А. Копьева менее консервативна. Она утверждает, что «нельзя полностью согласиться и с тем, что повод — это **только** (выделено мной – *Авт.*) источник сведений о готовящемся или совершенном преступлении». Таким образом, она признает за поводом и статус источника. и иной статус.

Повод (да будет уместна здесь аналогия) напоминает чем-то свет, который выхватывает из преступной тьмы информацию о преступлении. Но сравнение со светом автор приводит не для того, чтобы придать своему сочинению немного поэтики. Дело в другом. Природа света в свое время была объяснена дуальной корпускулярно-волновой теорией. Природа повода, по нашему мнению, тоже может пониматься дуально, как информационно-юридическая.

Двойственное понимание повода в настоящее время в науке уголовного процесса доминирует. И это, по мнению автора, справедливо. Приведем несколько «свежих» дуальных дефиниций.

«Поводы к возбуждению уголовного дела - это те установленные законом источники, из которых полномочные органы государства или должностные лица получают информацию о совершенном или готовящемся преступлении и которые обязывают их принять решение о возбуждении уголовного дела при наличии признаков преступления»<sup>83</sup>.

«Повод к возбуждению уголовного дела - это установленный законом источник, из которого органу дознания, следователю, прокурору или суду становится известно о готовящемся или совершенном преступлении. Наличие повода порождает обязанность этих органов рассмотреть вопрос о необходимости возбуждения уголовного дела»<sup>84</sup>.

«Повод к возбуждению уголовного дела - такой поступивший в компетентный орган информационный сигнал, который, с одной стороны,

<sup>83</sup>Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под ред. П.А.Лупинской. – М., 1998. – С. 270.

<sup>84</sup>Уголовный процесс / Под ред. В.П. Божьева. – М., 1998. – С. 227.

содержит сведения о признаках преступления, а с другой, являет собой юридический факт, требующий от соответствующего органа совершения определенных, предусмотренных законом (ст. 109, ч. 3) действий»<sup>85</sup>.

Вместе с тем, приведенные выше подходы не исчерпывают всей гаммы красок, коими рисуется сущность повода. В литературе можно столкнуться с еще одним мнением, согласно которому поводами к возбуждению уголовного дела во всех случаях являются доказательства совершения преступления, полученные компетентными органами от других организаций и лиц, или обнаруженные этими органами по собственной инициативе»<sup>86</sup>.

Эту позицию разделяет и А. Н. Копьева. Заявление или сообщение о преступлении, по ее мнению, не только источник определенных сведений, но это есть документ, имеющий определенное содержание. «Оно не безразлично для органов, ведущих борьбу с преступностью, так как только сведения о преступлении могут повлечь уголовно-процессуальные последствия. Поэтому нам представляется наиболее убедительной точка зрения, согласно которой поводом является доказательство о совершенном или готовящемся преступлении»<sup>87</sup>.

Приведенная позиция, однако, не прижилась в уголовно-процессуальной науке. И не напрасно. Ставя знак равенства между поводами и доказательствами, авторы, по сути, уравнили понятия повода и основание. Повод и основание находятся в соотношении «форма - содержание». Очевидно, что смешиваться они не могут (точнее не должны) ни при каких обстоятельствах.

### *Ведомственное понимание поводов*

Разработчики ведомственных приказов и инструкций также сказали

<sup>85</sup>Это определение принадлежит перу проф. В.Т. Томина. Комментарий к УПК РСФСР / Под ред. проф. В.Т. Томина. – М.: Вердикт, 1996. – С. 200.

<sup>86</sup>Арсеньев В.Д. Доказывание фактических обстоятельств дела в отдельных стадиях советского уголовного процесса // Труды Иркутского государственного университета, вып. 8, ч. 4, т. 45, серия юридическая. – Иркутск, 1969. – С. 11.

<sup>87</sup>Копьева А.Н. Указ работа. – С. 90.

свое слово относительно поводов. Примечателен (более других) Приказ МВД СССР № 415 от 11 ноября 1990 г. «Об утверждении Примерной инструкции о порядке приема, регистрации, учета и разрешения в органах и учреждениях внутренних дел заявлений, сообщений и другой информации о преступлениях и происшествиях».

Весьма любопытны п.п. 1.2.1.5 этой Инструкции.

«1.2. Информация о преступлениях и происшествиях подразделяется в зависимости от формы поступления на две группы:

заявления и сообщения о преступлениях, поступающие в органы внутренних дел и являющиеся в соответствии с уголовно-процессуальным законом поводом к возбуждению уголовного дела;

другая информация о преступлениях и происшествиях.

1.3. Заявления и сообщения о преступлениях - это поступающая в органы внутренних дел информация, которая требует установленного законодательством ... режима процессуального порядка их рассмотрения.

К заявлениям и сообщениям о преступлениях, являющимся поводами к возбуждению уголовного дела, относятся:

- устные заявления после разъяснения ответственности за заведомо ложный донос, оформленные протоколом и подписанные заявителем;

- письменные заявления или письма граждан, имеющие необходимые реквизиты и оформленные в соответствии с уголовно-процессуальным законом;

- заявления и сообщения о безвестном исчезновении граждан;

- письменные сообщения добровольных народных дружин по охране общественного порядка, товарищеских судов и других общественных организаций;

- письменные сообщения предприятий организаций и должностных лиц.

В настоящей инструкции под заявлениями и сообщениями о преступлениях понимаются также явки с повинной, оформленные в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона».

Если сопоставить инструктивный перечень поводов к возбуждению уголовного дела с аналогичным перечнем, данным в ст. 108, то можно увидеть, что потерялись еще два повода – заметки и письма, опубликованные в печати и «непосредственное обнаружение».

Эти поводы обнаруживаем среди «другой информации», которую, согласно п. 1.4. Инструкции составляют: «информация граждан, представителей общественных организаций и должностных лиц, поступившая по телефону (телефаксу), телеграфу или радио; сообщения персонала лечебных учреждений <...>; работников паспортных аппаратов <...>; работников Госавтоинспекции <...>; работников подразделений вневедомственной охраны <...>; статьи заметки и письма, опубликованные в печати и других средствах массовой информации; письма учреждений Госстраха <...>; рапорты работников органов внутренних дел о непосредственно обнаруженных или выявленных происшествиях».

Первая реакция автора на указанные положения Инструкции – желание критиковать составителей последней за законодательную неграмотность. Но второй порыв был прямо противоположный – увидеть практическую логику Инструкции.

Поиск практической логики привел и к некоторым теоретическим находкам. Подразделение всей информации, поступающей в ОВД, на поводы к возбуждению уголовного дела и другую информацию натолкнуло автора на мысль, что в основе группировки лежит идея содержательной оценки информации.

Поводом, согласно Инструкции, является информация, указывающая на совершение преступления и облеченная в процессуальную, а точнее в квазипроцессуальную форму. Инструкция весьма доходчиво подчеркивает формальный момент, говоря, например, не просто о заявлении гражданина, а именно об «устном заявлении после разъяснения ответственности за заведомо ложный донос, оформленном протоколом и подписанные заявителем».

То же заявление, сделанное по телефону, относится к другой информации, поскольку отсутствует материальный (формальный) признак.

Вместе с тем, формальный признак не может служить основанием для «железной» классификации информации на поводы и другую информацию. Среди «другой информации» содержится немало информационных источников, облеченных в форму документов (сообщения различных органов).

Здесь критерий отнесения этих сообщений в иную, нежели поводы, группу другой - содержательный. В сообщениях государственных органов содержатся, как можно предположить, не информация о преступлениях, а констатация какого-то факта (следствия) при допускаемом законом юридическом безразличии к причине. Делать подобные сообщения они обязаны согласно своим ведомственным предписаниям.

«Другая информация» в любом случае должна подлежать проверке. Так, п. 4.2. Инструкции обязывает дежурного принять меры к ее незамедлительной проверке. Указанная информация может служить поводом для выезда на место происшествия, принятия мер по обеспечению сохранности следов, кинофотосъемки и видеозаписи, проведения оперативно-розыскных мероприятий, назначения ревизии или контрольных обмеров, получения объяснений или производства других проверочных действий. По результатам этой проверки может быть принято любое решение, в том числе и о возбуждении уголовного дела.

При проверке же информации, являющейся, согласно Инструкции, поводом, могут быть приняты решения предусмотренные уголовно-процессуальным законом - о возбуждении уголовного дела, об отказе в возбуждении уголовного дела, о передаче по подследственности или подсудности. Здесь у органа, принявшего заявление-повод, появляется юридическая обязанность «разрешиться» одним из предусмотренных УПК решением.

Если же речь идет о других информационных сигналах, то такой

(именно уголовно-процессуальной) реакции не требуется. Нам представляется, что подобный подход достаточно логичен и практически оправдан. Если на каждую заметку в печати (а сегодня пожалуй редкий день обходится без сенсационных разоблачений) реагировать подобным образом, то пожалуй бланков об отказе в возбуждении уголовного дела не хватит.

Следует сказать, что Инструкция отказывает в статусе повода только заметкам и письмам, опубликованным в печати. Применительно же к «непосредственному обнаружению» позиция предельно ясна: «Если признаки преступления обнаружены в процессе рассмотрения другой информации или выполнения служебных обязанностей, то работник, который их выявил, обязан составить рапорт о непосредственном обнаружении признаков преступлений, являющихся в соответствии с требованиями УПК поводом для возбуждения уголовного дела».

Вообще «заметки» исторически выпадают из системы поводов к возбуждению уголовного дела. Газета была изобретена значительно раньше, чем написан Устав уголовного судопроизводства. Однако в ст. 297 УУС мы такого «законного повода к начатию следствия» не увидим. Система поводов, тогда включала: 1) объявления и жалобы частных лиц; 2) сообщения полиции, присутственных мест и должностных лиц; 3) явка с повинной; 4) возбуждение дела прокурором и 5) возбуждение дел по непосредственному усмотрению следователя.

Поводы, изложенные в УПК РСФСР 1923 г. также освобождали органы предварительного расследования от обязанности «читать газеты». Ст. 91 того УПК к поводам причисляла: 1) заявление граждан и различных объединений и организаций; 2) сообщение правительственных учреждений и должностных лиц; явка с повинной; 3) предложение прокурора; 5) непосредственное усмотрение органов дознания, следователя или суда.

Нетрудно заметить разительное сходство двух приведенных выше перечней. Это обстоятельство имеет вполне рациональное объяснение.

Процессуальный кодекс, как справедливо отмечают В.Т. Томин и М.П. Поляков, представляет собой совокупность технологических норм. «Такого рода нормы вырабатываются веками и не меняются автоматически при социальных революциях. Хлеб пекут, чугун варят и осматривают место происшествия примерно одинаково и при капитализме и при социализме»<sup>88</sup>.

УПК РСФСР 1960 г. фактически вменил в обязанности органам расследования следить за прессой и другими средствами массовой информации. И это не ирония автора. Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин пишут, что «это налагает на органы ... обязанность систематически следить за периодической печатью, обращать самое пристальное внимание на опубликованные в ней статьи, письма и заметки и немедленно реагировать на любое из этих сообщений, если только в нем приведены какие-либо сведения о готовящемся или совершенном преступлении»<sup>89</sup>.

Таким образом, милиционер, читающий газету, кроме информационного самоудовлетворения должен еще отыскивать признаки преступления. Действительно, учитывая нынешний массив печатной продукции, можно говорить именно об обнаружении этих заметок, и более того о непосредственном обнаружении признаков преступления. Мысль о том, что заметки и письма опубликованные в печати, это разновидность (по сути, а не по форме) такого повода, как «непосредственное обнаружение» возникала у автора и ранее. Окончательно же убедил его в этом С. В. Бородин, полагающий, что «когда сообщения стенных газет становятся известными органам, компетентным решить вопрос о возбуждении уголовного дела, поводом к этому явится *непосредственное обнаружение признаков преступления соответствующим органом* (курсив наш - Авт.)»<sup>90</sup>.

<sup>88</sup>Томин В.Т., Поляков М.П. Развитие уголовно-процессуального законодательства на постсоветском пространстве: констатации, оценки, прогнозы. – Н. Новгород, 1999. – С. 12.

<sup>89</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 108-109.

<sup>90</sup>Уголовный процесс / Под ред. В.П. Божьева. – С. 231.

Проект УПК РФ, по всей видимости обяжет компетентные органы круглосуточно слушать радио и смотреть телевизор, поскольку анализируемый выше повод предполагается понимать более широко как - **сообщение средства массовой информации**. Согласно ст. 154 Проекта, расшифровывающей процессуальный порядок восприятия информации, «сообщение средства массовой информации может служить поводом к возбуждению уголовного дела, когда оно опубликовано в газете или журнале либо распространено на радио или телевидении».

Не менее интересна вторая часть статьи: «Должностные лица средства массовой информации, которое опубликовало или распространило сообщение о преступлении, по требованию лица, правомочного возбудить уголовное дело, обязаны передать находящиеся в их распоряжении документы и иные материалы, подтверждающие сделанное сообщение, а также назвать лицо, предоставившее эти сведения, **за исключением случаев, когда это лицо представило их с условием сохранения в тайне источника информации**».

Последняя фраза, по мнению автора, позволяет увидеть появление обнадеживающей тенденции - игнорирование в необходимых случаях первоисточника информации и переадресация ответственности за ее достоверность официальному лицу, получившему информацию.

Этот момент очень роднит названный повод с непосредственным обнаружением признаков преступления органом дознания, в случае когда последний использовал для этого оперативно-розыскные средства и методы.

Есть и еще одно предположение о том, что генерировало деление поводов к возбуждению уголовного дела (в указанном приказе) на поводы и не поводы. Это своеобразие материальной и юридической природы поводов. На основании этого своеобразия в советской юридической литературе была даже сделана попытка делить их на обязательные и не обязательные<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Андреев М., Позинский С., Бахров Г. Уголовный процесс РСФСР. – М., 1927. – С. 69.

Деление поводов на обязательные и необязательные было распространено в дореволюционной русской юриспруденции. Там, в частности, к числу обязательных поводов относили жалобу потерпевшего. Это означало, что при наличии такого повода судопроизводство должно начаться бесспорно, независимо от обоснованности жалобы. Прокурор не имел права вдаваться в оценку фактической стороны жалобы, отказать в «учинении уголовного иска» по мотиву его голословности. Он следил только за тем, чтобы жалоба отвечала формальным требованиям, содержала в себе точное описание юридических признаков правонарушения и ссылку на нормы материального и процессуального права<sup>92</sup>.

### *Развитие системы поводов*

Система поводов к началу производства по уголовному делу, а затем и к возбуждению уголовного дела последовательно изменялась. Но отдельные ее элементы оставались стабильными и благополучно переживали эпохи и политические режимы. Выше автор уже приводил две системы поводов: из Устава и из УПК РСФСР 1923 г. Для удобства восприятия воспроизведем их еще.

Итак Устав к информационным источникам, побуждающим государственную антикриминальную реакцию относил: 1) объявления и жалобы частных лиц; 2) сообщения полиции, присутственных мест и должностных лиц; 3) явка с повинной; 4) возбуждение дела прокурором и 5) возбуждение дел по непосредственному усмотрению следователя.

УПК РСФСР 1923 г. ~ 1) заявление граждан и различных объединений и организаций; 2) сообщение правительственных учреждений и должностных лиц; явка с повинной; 3) предложение прокурора; 5) непосредственное усмотрение органов дознания, следователя или суда.

<sup>92</sup>Таубер П.Я. Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных. – Харьков, 1909. – С. 274, 280.

Настал черед вспомнить ныне действующий перечень, помещенный в ст. 108 УПК. К современным поводам к возбуждению уголовного дела причисляются: 1) заявления и письма граждан; 2) сообщения профсоюзных и комсомольских организаций, народных дружин по охране общественного порядка, товарищеских судов и других общественных организаций; 3) сообщения предприятий, учреждений, организаций и должностных лиц; 4) статьи, заметки и письма, опубликованные в печати; 5) явка с повинной; 6) непосредственное обнаружение органом дознания, следователем, прокурором или судом признаков преступления.

И наконец для перспективного сравнения приведем систему поводов из Проекта УПК РФ. Согласно ст. 150 «поводами к возбуждению уголовного дела служат: 1) заявление гражданина; 2) заявление о повинной; 3) сообщение должностного лица организаций или объединений; 4) сообщение в средствах массовой информации; 5) непосредственное обнаружение дознавателем, органом дознания, следователем или прокурором сведений, указывающих на признаки преступления».

Внимательно посмотрим на приведенные системы. О том, что поводы образуют устойчивую систему свидетельствует наличие в приводимых перечнях устойчивых элементов. К таким элементам относятся: во-первых, заявления (объявления /УУС 1864 г./, письма, жалобы, сообщения) граждан, в том числе и такая их разновидность, как явка с повинной; во-вторых, сообщения должностных лиц, органов и организаций, которым по своему статусу не положено спокойно взирать на преступления, и наконец, непосредственное усмотрение и обнаружение признаков преступления органами, обязанными бороться с преступностью.

Таким образом, исторически и «генетически» поводы охватывают собой несколько информационных каналов. Попытаемся их сгруппировать.

Для начала положим в основу классификации отношение к

юридической обязанности информирования органов, компетентных возбуждать уголовные дела. Исходя из этого критерия можно выделить каналы публичные и частные.

К частному каналу будут относиться всевозможные заявления и сообщения граждан. К публичному – сообщения должностных лиц, государственных органов, учреждений и. т.п., а также «непосредственное обнаружение».

Однако, данная классификация вряд ли будет отличаться «железной» строгостью, поскольку:

а) к частному каналу можно отнести в чистом виде лишь явку с повинной, а также заявления граждан о совершении преступлений их близкими родственниками. Только в этих случаях законодатель предоставляет потенциальным информаторам свободно распоряжаться информацией криминального свойства (см., например ст. 51 Конституции РФ). О частном канале можно говорить и тогда, когда речь идет о незначительном преступлении. Здесь в качестве побудителя к обнародованию криминала может выступать лишь совесть (собственная или общественная). А вот распоряжение сведениями об особо тяжком преступлении не может рассматриваться как частное дело лица, владеющего информацией. Заранее не обещанное укрывательство названных злодеяний наказывается в уголовном порядке (ст. 316 УК РФ)<sup>93</sup>.

б) не все государственные органы и должностные лица, ставятся в положение обязанных информировать правоохранительные органы об обнаруженных ими признаках преступления. Некоторые руководители (например коммерческой организации) наделены правом усмотрения непосредственно УПК<sup>94</sup> - ст. 27<sup>1</sup>.

Можно подразделить информационные **каналы на активные и пассивные**. Активные предполагают целенаправленный поиск информации. Таковым, на наш взгляд, является непосредственное

<sup>93</sup>При расстановке акцентов надо все же учитывать, что осведомляя компетентные органы «граждане только в отдельных случаях исполняют юридическую обязанность». Жогин Н.В, Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 102.

обнаружение признаков преступления органами дознания. Последние просто-напросто обязаны выявлять и пресекать преступления. Можно конечно поспорить о процессуальной чистоте понятия «орган дознания». Но автора больше интересует не терминологический, а чисто функциональный аспект проблемы.

Достаточно бегло просмотреть отраслевые законодательные акты, регламентирующие многофункциональную сторону органов дознания. Так, п. 7 ст. 10 Закона от 24 июня 1993 г. «О федеральных органах налоговой полиции» предписывает указанным органам «проводить работу по выявлению и пресечению фактов коррупции в налоговых органах и федеральных органах налоговой полиции»<sup>94</sup>; п. 1 ст. 11 того же закона предписывает «проводить в соответствии с законодательством оперативно-розыскные мероприятия с целью выявления, предупреждения и пресечения фактов сокрытия доходов ...».

Активное начало можно предположить и в других информационных источниках. Так, сообщения «народных дружин по охране общественного порядка» есть во многих случаях результат активной работы. Можно и здесь поспорить, сказав, что: во-первых, никаких народных дружинников сейчас нет и в помине, и во-вторых, даже если бы они и были, то обнаруживали бы преступления не активно, а лишь в случае, когда «натыкались» на них в ходе охраны общественного порядка. Относительно второго аргумента, ответ будет таков. Любая деятельность, направленная на борьбу с правонарушением носит активный наступательный характер и, следовательно, обнаружение признаков преступления в данном случае также будет активным.

Таким образом, об активном информационном канале можно говорить тогда, когда получение информации, способной обрести статус повода, было желательно или возможно. В тех же случаях, когда данная информация возникает спонтанно, то налицо пассивный повод.

Более углубляться в разборе данной классификации автор не будет,

<sup>94</sup>Весьма любопытное полномочие, вскрывающее искушения налоговой службы.

так как предполагает, что при длительных рассуждениях эта конструкция может разрушиться. Уже сейчас возникают мысли по поводу того, что и заявления граждан могут быть предметом качественной (законопослушание) или злокачественной (склочничество) активности.

Но данная классификация, тем не менее, приносит определённую пользу, в том числе и научную. Рассуждения о пассивности и активности повода натолкнули автора на мысль о том, что само слово «повод» несет в себе некоторую разгадку.

В русском языке «повод» означает ~ обстоятельство, способное быть основанием для чего-нибудь<sup>95</sup>. Если отбросить научную строгость и не делить поводы и основания как форму и содержание, то можно сделать вывод, что повод это то, что может всколыхнуть уголовный процесс, вызвать его к жизни. Сам же уголовный процесс находится в постоянной готовности. Машина судопроизводства постоянно напряжена и ждет только повода, чтобы быть запущенной в движение.

Естественно это абстрактная конструкция. Поскольку «процессуальная машина», может, и всегда готова запуститься по первому законному поводу, но не всегда такую готовность выказывают функционеры правоохранительных органов. «Игра в пятнашки» (отбор заявок на обслуживание), несмотря на свою нестабильную популярность, все же остается стабильной как явление<sup>96</sup>.

Тем не менее, внутренняя активность «процессуальной машины» не позволяет ей быть зависимой от случайных поводов, от милости заявителей. И хотя судя по сегодняшнему состоянию преступности, безработица сотрудникам органов, ведущих уголовный процесс, не грозит, принципиальная забота о загруженности системы остается. Активность уголовно-процессуальной системы побуждает ее искать постоянную энергетическую подпитку в среде своего функционирования. Такова на

<sup>95</sup>Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. – М., 1986. – С. 456.

<sup>96</sup>«Игра в пятнашки» – термин, широко применяемый для характеристики современного отечественного уголовного судопроизводства В.Т. Томиным. См., например: Острые углы уголовного судопроизводства. – С. 18 и др.

наш взгляд и причина появления повода  $\tilde{\sim}$  - непосредственное обнаружение признаков преступления компетентными органами.

Думается также, что информационная потребность «уголовно-процессуальной машины будет» планомерно возрастать. И причины этого могут располагаться не только в сфере роста преступности, но и в сфере увеличения количества и качества правоохранительных структур. Автор допускает даже, что появление института мировых судей, каким-то образом скажется на количестве регистрируемых преступлений. Не думаем, что предположение о наличии закономерных связей между ростом специфических подразделений, а также увеличением количества сотрудников с качественным и количественным ростом преступности (в ключе прямо пропорциональной зависимости) высказано нами первыми.

Фактически все предпосылки для подобных выводов были описаны проф. В.Т. Томиным в «Острых углах» и других не менее острых работах. Вот что пишет Валентин Тимофеевич: «Увеличение штатов без учета возможностей среды функционирования привело, приводит и будет приводить к ухудшению качественного состава правоохранительных органов». И далее: «... чем больше правоохранителей, тем ниже их авторитет».

Таким образом, из посылок, описанных выше, можно сделать следующий вывод: чрезмерное количество правоохранителей ослабляет правоохранительную систему качественно, что способствует качественному расцвету преступности. Представляется однако, что данный вывод, безупречный по своей логике, не совсем верен.

Мы предполагаем другую зависимость: между ростом количества правоохранителей и ростом количества преступлений. Гипотеза эта базируется на предположении психологического свойства. Поскольку каждый правоприменитель приходит с внутренней потребностью работать. то есть бороться с преступностью, то он порождает своего рода спрос на преступление. А там где есть спрос, появляется и предложение.

И опять во имя удовлетворения этого спроса и появляется повод - «непосредственное обнаружение», предполагающий и непосредственный поиск указанных признаков.

Изложение данного параграфа уже несколько раз «скатывалось» к сути понятия «непосредственного обнаружения». Видимо сложились все предпосылки перейти к детальному рассмотрению этого повода. Однако, прежде чем сделать это, мы отдадим дань исследователям, выступавшим с предложениями по качественному усовершенствованию системы поводов к возбуждению уголовного дела.

Наиболее примечательными в этом плане нам представляются предложения, изложенные в работах В. Т. Томина. Он, в частности, предлагает следующий набор поводов:

- 1) заявления граждан;
- 2) сообщения должностных лиц;
- 3) сообщения общественных организаций;
- 4) заявления должностных лиц (для возбуждения дел общественно-публичного обвинения);
- 5) заявления церковных образований и иностранных фирм;
- 6) явка с повинной;
- 7) публикации печати;
- 8) задержание подозреваемого;
- 9) результаты оперативно-розыскной деятельности;
- 10) непосредственное обнаружение признаков преступления органом, компетентным возбудить уголовное дело.

Не со всеми пунктами автор согласен. Так, по нашему мнению, нет необходимости обособлять информацию, поступающую от служителей культа и иностранных фирм». Здесь видимо сказывается привычка отделения церкви от государства. До определенной поры следует законсервировать и повод, изложенные в п. 4. Общественность непременно еще вернется к данной категории дел, однако, предполагаем, что это случиться не завтра.

Теперь о поводе, предложенным профессором В. Т. Томиным в п. 9. Сегодня можно констатировать, что внутри повода «непосредственное обнаружение признаков преступления» развился (и часто проявляет себя) самостоятельный повод для начала уголовно-процессуального производства – «результаты оперативно-розыскной деятельности». Результаты этой, преимущественно негласной, деятельности более не могут охватываться понятием «непосредственного обнаружения», так как при использовании оперативно-розыскного инструментария «непосредственность», как таковая, перестает присутствовать, поскольку появляются средства. В связи с этим, целесообразно, на наш взгляд, на законодательном уровне «результаты оперативно-розыскной деятельности» выделить в качестве самостоятельного повода к возбуждению уголовного дела.

### 2.3. Основания для принятия решения о возбуждении уголовного дела

Основания для возбуждения уголовного дела сформулированы в части второй ст. 108 УПК. Будучи небольшой по своему объему, эта норма тем не менее дала пищу для многих объемных научных размышлений. Раздумья велись (и ведутся) вокруг содержательной оценки законодательной терминологии – 1) *достаточные данные*, указывающие на 2) *признаки преступления*.

По мнению одних авторов, «признаки преступления – это определенные факты реальной действительности, представляющие собой следы преступления, указывающие на возможность совершения конкретного преступления»<sup>97</sup>.

В этом ключе признаки преступления иногда именуются криминалистическими. В качестве признаков хищения (например) В. Н.

<sup>97</sup>Густов Г.А., Танасевич В.Г. Признаки хищений социалистической собственности // Вопросы совершенствования предварительного следствия. – Л., 1971. – С. 89 и др.

Григорьев называет: наличие следов взлома хранилища; исчезновение тех или иных предметов и т.п.<sup>98</sup>

В науке можно выделить и уголовно-правовой подход к признакам преступления. Он заключается в определении качественных характеристик события, по которым оно распознается как общественно опасное и противоправное<sup>99</sup>. Эти черты в своей совокупности характеризуют сущность преступления данного вида, свидетельствуют о характере и степени его общественной опасности и потому «возведены в ранг» признака состава преступления<sup>100</sup>. В таком значении, по мнению того же В.Н. Григорьева, термин «признаки преступления» и употребляется в уголовно-процессуальном законе<sup>101</sup>.

В.Н. Григорьев не одинок в своей позиции (что «признаки преступления» это по сути – наличие данных о составе преступления). Внедрить слово «состав» в законодательную терминологию пытаются и другие ученые<sup>102</sup>.

Вообще уголовно-правовая сторона «признаков преступления» достаточно энергично описана в юридической литературе. Приведем несколько, любопытных на наш взгляд, идей, толкующих основание как:

а) минимум фактических данных, содержащих признаки преступления, относящиеся к объективной стороне<sup>103</sup>;

б) выяснение признаков, относящихся к объекту посягательства и объективной стороне деяния<sup>104</sup>;

<sup>98</sup>Григорьев В.Н. Обнаружение признаков преступления органами внутренних дел. – Ташкент, 1986. – С. 7.

<sup>99</sup>Ларин А.М. Структура института возбуждения уголовного дела // Сов. государство и право. – 1978. – № 5. – С. 78.

<sup>100</sup>Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 1972. – С. 72, 111.

<sup>101</sup>Григорьев В.Н. Указ. работа. – С. 7.

<sup>102</sup>Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 2. М., – 1970. – С. 15; Савгирова Н.М. Возбуждение и расследование уголовных дел. – М., 1967. – С. 8. и др.

<sup>103</sup>Степанов В.В. Предварительная проверка первичных данных о преступлениях. – Саратов, 1972. – С. 54.

<sup>104</sup>Проверка заявлений и сообщений о преступлении до возбуждения уголовного дела органами дознания и предварительного следствия. – Вильнюс, 1969. – С. 104.

в) данные о наличии (или отсутствии) каждого из признаков, характеризующих определенное общественно-опасное деяние как преступление<sup>105</sup>;

г) объективные признаки (объект и объективная сторона) и в ... некоторых случаях признаки, характерные для специального субъекта преступления<sup>106</sup>;

д) наличие достаточных данных о совершении общественно опасного, уголовно-наказуемого деяния, предусмотренного определенной нормой закона<sup>107</sup>.

В более ранних работах (довоенного периода) можно было обнаружить и чисто уголовно-процессуальный подход (так его называет автор), который сводился к попыткам раскрытия содержания понятия основания путем механического перечисления отдельных поводов к возбуждению дела<sup>108</sup>.

Комментаторы уголовно-процессуального законодательства понимают под признаками преступления: 1) фактические данные, достаточные для предположения о совершении деяния, подпадающего под признаки того или иного преступления<sup>109</sup>; 2) совокупность фактических данных (доказательств), содержащихся в предусмотренных законом источниках<sup>110</sup>.

Отдельные ученые, как следует из предыдущего абзаца, ставят знак равенства между доказательствами и достаточными данными. Представляется, что это не совсем так. Автор не возражает против позиции, что доказывание начинается уже в стадии возбуждения уголовного дела. Но доказательства здесь будут иметь «служебное»

<sup>105</sup>Павлов Н.Е. Производство по заявлениям и сообщениям о преступлениях. – Волгоград, 1979.

<sup>106</sup>Кузнецов Н.П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Харьков, 1980. – С. 8.

<sup>107</sup>Белозеров Ю.Н., Чувилев А.А. Проблемы обеспечения законности и обоснованности возбуждения уголовного дела. – М., 1977. – С. 17.

<sup>108</sup>На это обстоятельство указывают Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин. Указ. работа. – С. 120.

<sup>109</sup>Научно-практический комментарий к УПК РСФСР /Под ред. В.П. Божьева. – С. 211.

<sup>110</sup>Комментарий к УПК РСФСР / Под ред. В.Т. Томина – С. 206.

значение. Поскольку уголовное дело не возбуждено, то о доказательствах в процедурном смысле (смысле высшего качества) говорить еще рано.

В связи с этим представляется, что и критерии отсева этих «служебных доказательств» должны несколько отличаться от критериев проверки и оценки доказательств. Так, требование относимости может быть принято без оговорок, а вот требование допустимости в стадии возбуждения уголовного дела имеет специфику. По мнению автора, не всегда стоит устанавливать первоисточник достаточных данных о признаках преступления. Для такого предлагаемого повода, как «результаты оперативно-розыскной деятельности» подобное требование было бы в ряде случаев губительным. Расширительно в данной стадии может толковаться и такой элемент допустимости, как – получение информации законным способом. Законность здесь может подразумевать отсутствие общей противоправности, а не только нарушение нормам уголовно-процессуального законодательства.

Что касается характеристики данных, как фактических, автор с этим полностью согласен. Информация должна иметь фактическую природу, позволяющую ее выявлять, проверять и фиксировать.

Таким образом, под основанием для возбуждения уголовного дела следует считать достаточные фактические данные, указывающие на криминальность какого-либо события действительности.

Одних «признаков преступления» для возбуждения уголовного дела может быть и не достаточно. Практика показывает, что нередко заявитель говорит о наличии признаков преступления и даже ссылается на конкретную статью уголовного закона, однако, при добросовестной проверке его заявления оказывается, что оно не соответствует, так как явилось результатом либо ненадлежащего знания фактов, либо неправильной оценки степени их общественной опасности. Отсюда очевиден вывод – **нельзя ставить основание к возбуждению уголовного дела в зависимость только от того, содержится в заявлении (сообщении) указание на признаки преступления или нет. Основание для возбуждения**

уголовного дела в равной мере зависит от того, имеются **конкретные данные** о том, что сообщаемый факт имел место в действительности, или нет.

По мнению Н.Н. Ковтуна «признаки преступления» и «достаточные данные», на них указывающие, находятся в соотношении – предмет и пределы доказывания: первые выступают предметом, вторые – **пределами**<sup>111</sup>. Естественно, что названные понятия в стадии возбуждения уголовного дела весьма специфичны.

Следует согласиться с указанным автором, что «ни в законе ни в его толковании не содержится требования о необходимости установления на этом этапе всех элементов состава преступления в их совокупности»<sup>112</sup>.

В этой связи следует вспомнить обоснованное утверждение С. В. Бородина о чрезмерности требования установления всех элементов состава на этапе возбуждения уголовного дела; о противозаконности этого **требования**<sup>113</sup>.

В.П. Малков, толкуя ст. 108 УПК, также подчеркивает, что «при оценке достаточности данных, указывающих на совершение преступления, в стадии ВУД особое внимание обращается на наличие признаков объекта и объективной стороны того или иного состава преступления, так как во многих случаях в этой стадии процесса еще нет данных о личности субъекта преступления, сложнее определить признаки субъективной стороны содеянного и т.п.»<sup>114</sup>.

Автор также полагает, что для принятия решения о возбуждении уголовного дела достаточно минимума признаков деяния, позволяющих юридически оценить его как преступное (подпадающее под признаки деяния, описываемого в статье (статьях) уголовного закона).

Обычно ученые-процессуалисты склонны под основанием к возбуждению уголовного дела понимать – наличие фактических данных,

<sup>111</sup>Ковтун Н.Н. Неотвратимость уголовной ответственности в стадии возбуждения уголовного дела.– Н. Новгород, 1995 – С. 43.

<sup>112</sup>Там же. – С. 43.

<sup>113</sup>Бородин С.В. Разрешение вопроса о возбуждении уголовного дела. М., 1970. С. 37.

<sup>114</sup>Комментарий к УПК / Под ред. В.Т. Томина – С. 206.

указывающих на наличие криминального события. Но при этом оставляются в стороне обстоятельства, в силу закона препятствующие возникновению уголовного дела. Между тем Основы уголовного судопроизводства СССР и союзных республик (акт, незаслуженно забываемый современными процессуалистами), давая отправные положения, в ст. ст. 3 и 5 указывают, что уголовное дело возбуждается при наличии признаков преступления и отсутствии обстоятельств, исключающих уголовную ответственность за деяние. Этот же вывод можно сделать и из синтеза статей 5 и 108 УПК.

Исходным, положением при решении данного вопроса являются постановления закона, что «дело может быть, возбуждено только в тех случаях, когда имеются достаточные данные, указывающие на признаки преступления», и что уголовное дело не возбуждается, если есть одно из обстоятельств, исключающих производство по делу (ст. ст. 5, 108 УПК). Из этих посылок отдельными учеными делается вывод о том, что **«основание к возбуждению дела в российском уголовном процессе – это конкретные фактические данные о наличии преступного деяния и об отсутствии предусмотренных в законе обстоятельств, препятствующих уголовному судопроизводству»**. Такое основание имеет две стороны – фактическую и юридическую. Оно отражает существование того факта, по поводу которого ставится вопрос о возбуждении уголовного дела, его противоправность и общественную опасность, а также наличие других материально-правовых и процессуальных предпосылок для того, чтобы начать уголовное дело<sup>115</sup>.

**Об установлении отсутствия сведений о наличии какого-либо из обстоятельств, исключающих производство по уголовному делу, как о необходимом условии возбуждения уголовного дела говорит А. А. Чувилев. Но при этом он разъясняет: «Если в первичном материале о преступлении сведения такого рода имеются, они должны быть обязательно проверены. Но если для этого не достаточно срока,**

<sup>115</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 121.

установленного ст. 109, или необходимо провести следственные действия, следует возбудить уголовное дело»<sup>116</sup>.

В приводимых выше цитатах можно встретить указание, что под пределами доказывания понимается – «конкретность»<sup>117</sup> фактических данных. Однако, законодатель не говорит о конкретности, а делает упор на «достаточность данных». Именно «достаточность» и есть пределы доказывания в стадии возбуждения дела. Однако «достаточность» в науке также понимается по-разному. Л. Б. Ульянова связывает достаточность с «достоверностью вывода о событии, содержащем признаки преступления»<sup>118</sup>.

В.М. Савицкий полагает, что достаточными могут считаться знания высокой степени вероятности (о событии преступления)<sup>119</sup>.

«В момент возбуждения уголовного дела необходимо и достаточно достоверное наличие признаков, указывающих на возможность того, что преступление имело место» – это мнение Л.М. Карнеевой и Г.М. Миньковского<sup>120</sup>.

Н.П. Кузнецов пришел к выводу, что достаточность имеет место при наличии «достоверного знания о факте преступления и достоверного знания о наличии признаков преступления»<sup>121</sup>.

Л.Н. Масленникова отмечает, что по своему характеру понятие «достаточные данные» носит оценочный характер и содержит элементы как абсолютной, так и относительной определенности<sup>122</sup>. Причем

<sup>116</sup>Комментарий к УПК. «Спарк». – С. 211.

<sup>117</sup>«Конкретность» обстоятельств называется в качестве критерия определения наличия признаков преступления и в некоторых нормативных актах МВД РФ, например, в приказе № 334 (в следующих разделах работы о нем пойдет речь подробно).

<sup>118</sup>Ульянова Л.Б. О доказывании в стадии возбуждения уголовного дела // Вестник МГУ. Серия 12. Право – М., 1971. – С. 28-29. См. также. Рахунов Р.Д. – Указ. работа. – С. 44.

<sup>119</sup>Савицкий В.М. Очерк теории прокурорского надзора. – М., 1979. – С. 92.

<sup>120</sup>Карнеева Л.М., Миньковский Г.М. Особенности пределов доказывания при принятии некоторых процессуальных решений в стадии предварительного следствия // Вопросы предупреждения преступлений. № 4. – М., 1966. – С. 85.

<sup>121</sup>Кузнецов Н.П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. Дис. канд. юрид. наук. – Харьков, 1980. – С. 56.

<sup>122</sup>Масленникова Л.Н. Процессуальное значение результатов проверочных действий в доказывании по уголовному делу. Дис. канд. юрид. наук. – М., 1990. – С. 26.

оценочный характер в большей мере относится к «достаточности», поскольку сами данные – вещь вполне определенная. Они при известных допущениях могут рассматриваться как синонимы сведений и даже доказательств.

Между тем, достаточность, по нашему мнению, не может рассматриваться как исключительно количественный эквивалент. Именно так толкует достаточность Л.Н. Масленникова, за что вполне справедливо, на наш взгляд, критикуется научным сообществом<sup>123</sup>.

По нашему мнению, достаточность данных необходимо ставить в зависимость от их качества. Информация, претендующая на статус «основания» должна познаваться до уровня «конкретности».

По мнению автора, возбуждение уголовного дела должно обуславливаться прежде всего **конкретными объективными данными**<sup>124</sup> свидетельствующие об определенном преступном деянии, о его материальных признаках. Если нет сведений о таком действии или бездействии, то нет и основания к возбуждению уголовного дела. Наличие каких-либо данных об антиобщественных мыслях или убеждениях лица, о его замысле совершить правонарушение или об опасном характере самого этого лица не меняет положения, если отсутствует конкретное преступное деяние – готовящееся или совершенное. В подобных случаях можно предпринять профилактические меры, но нельзя возбудить уголовное дело, поскольку основанием всякой уголовной ответственности является вина лица в совершении определенного преступления.

Для возбуждения уголовного дела вполне достаточно, если **имеющиеся объективные данные свидетельствуют о самом факте преступления. Нельзя признать правомерным встречающееся среди некоторых прокурорских работников требование, чтобы имелись также**

<sup>123</sup>Прямой критике эту позицию подверг Н. Н. Ковтун. – Указ. Работа. С. 44; косвенно эта позиция не вписывается в другие подходы, импонирующие автору. Например, позиция Л. М. Карнеевой о том, что не всегда «количество доказательств прямо свидетельствует о доказанности тех или иных обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу. Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – Волгоград, 1988. – С. 17.

<sup>124</sup>Автор, тем самым, соглашается с позицией Н.В. Жогина и Ф.Н. Фаткулина.

сведения о лицах, виновных в совершении данного деяния, или по крайней мере о реальной возможности изобличения их в ходе предварительного расследования, т.е. о «судебной перспективе».

Весьма любопытен в этой связи Приказ МВД РФ № 334 от 20 июня 1996 г. «Об утверждении инструкции по организации взаимодействия подразделений и служб органов внутренних дел в расследовании и раскрытии преступлений».

Согласно этому документу, «критерием оценки готовности оперативных материалов для возбуждения уголовного дела является наличие в них достаточных данных, указывающих на признаки преступления, в том числе время, место и способ совершения, ущерб, конкретные обстоятельства, сведения о лицах, причастных к преступлению».

Представляется, что такое требование не вытекает из уголовно-процессуального законодательства и ведет к чрезмерному расширению проверки первичных материалов (пусть и оперативно-розыскных) о преступлении, к недопустимому затягиванию решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Оно, кроме того, может повлечь за собой необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела, направляя внимание и усилия органов дознания и следствия только на более легко раскрываемые преступления.

Нельзя отказать в возбуждении уголовного дела за «недостаточностью улик», если имеются сведения о самом преступном факте. Уголовно-процессуальное законодательство России обязывает возбудить уголовное дело по каждому серьезному преступлению, независимо от того, есть какие-либо сведения о злоумышленнике или нет. Это и понятно, ибо решение вопроса о виновных в преступном деянии и о доказательствах необходимы для изобличения их, а это уже задача не стадии возбуждения уголовного дела, а последующих стадий уголовного процесса.

Теперь порассуждаем о необходимости информационного поиска до

степени достоверности «признаков преступления». По нашему мнению, для того, чтобы основание к возбуждению уголовного дела было налицо, необязательно иметь вполне достоверный вывод о готовящемся или совершенном преступном деянии. Достаточно, если это деяние подтверждается с определенной степенью вероятности, если о нем есть, серьезное предположение, вытекающее из конкретных фактических данных. Нельзя согласиться с мнением, что при возбуждении уголовного дела необходимо исходить «из достоверности самого факта, по поводу которого сделано сообщение»<sup>125</sup>. Для прокурора, суда, органов следствия и дознания достоверность, «суть безусловная верность соответствующего вывода, истинность, полное соответствие объективной действительности фактов, с которыми они имеют дело. О достоверности можно говорить тогда, когда эти органы относительно данного факта имеют исчерпывающие сведения, знают его всесторонне, во всех существенных чертах, полностью убеждены в его существовании. Говорить о ней правомерно, например, при привлечении того или иного лица к уголовной ответственности в качестве обвиняемого, при составлении обвинительного заключения по делу и при вынесении судебного приговора. В первой же стадии уголовного процесса – добиваться достоверного вывода о преступлении рано. Тут еще неизвестны многие детали признаваемого преступным факта, знания о нем подчас проблематичны, основываются на ограниченных, а порою даже на внешне противоречивых данных»<sup>126</sup>.

Если вернуться к предмету полемики – термину «достаточные данные», то можно увидеть, что указанная формулировка не нова для уголовно-процессуального законодательства. «Достаточные данные» выступают в качестве критерия принятия многих процессуальных решений.

<sup>125</sup>Васильев А.Н. Рассмотрение сообщений о совершенных преступлениях. – М., 1954. – С.6.

<sup>126</sup>Там же. – С. 123.

«Достаточность» используется законодателем и в других контекстах. Так, для принятия законного решения о производстве обыска необходимо располагать *достаточными основаниями* (ст. 168 УПК), а для вынесения решения о привлечении лица в качестве обвиняемого - *достаточными доказательствами* (ст. 143 УПК).

Думается, что подобная терминологическая избирательность законодателя не случайна. На наш взгляд, она обусловлена опять же степенью достоверности информации, необходимой для принятия решения. Наиболее высокая степень достоверности обозначается термином «достаточные доказательства». Привлечение лица к уголовной ответственности в качестве обвиняемого допустимо только при наличии достоверных, всесторонне проверенных данных и о преступном деянии, и о совершивших его лицах.

Далее (по мере убывания «достоверности») следуют – «достаточные основания» и «достаточные данные».

«Достаточные основания», по нашему мнению, подразумевают что «консистенция» достоверности и вероятности может присутствовать в примерно равных пропорциях («50 на 50»). В случае преобладания вероятности, более точным по значению окажется терминологическая связка «достаточные данные».

Смысловая нагрузка двух последних терминов достаточно схожа. «Достаточные данные» наполняют содержание оснований для возбуждения уголовного дела. Для возбуждения уголовного дела достаточны сведения о самом преступном факте, причем необязательно, чтобы они раскрывали его во всех существенных чертах. Если, допустим, фактические данные свидетельствуют о краже, нанесении телесных повреждений или о насильственной смерти человека, но не говорят об обстоятельствах совершения преступления, о связанных с этим подробностях, то такая неполнота не исключает основания к возбуждению уголовного дела. Равным образом, если имеющиеся сведения, позволяющие сделать твердый вывод о готовящемся или совершенном

преступлении, не исключают полностью других версий, то это тоже не является препятствием к возбуждению дела. В первой стадии уголовного процесса нередко можно встретиться с альтернативой, при которой выбирается наиболее убедительный (но не единственный), наиболее вероятный ответ.

Достаточные основания для производства обыска формируются, в свою очередь, также на основе «достаточных данных». Однако внешняя схожесть не исключает внутренних различий. Но различия эти опять же вытекают не из степени достаточности, а из того – чего должно быть достаточно.

Основным способом получения достоверных фактических данных по смыслу закона выступают следственные действия. Следовательно, «достаточные доказательства» как основание для принятия решений могут быть получены исключительно путем их производства.

Для принятия решения, в основу которого (опять же исходя из буквы закона) не может быть положена информация, полученная в ходе следственных действий – решение о возбуждении уголовного дела как раз такой случай<sup>127</sup>, – достаточно данных, формально не являющихся доказательствами. В этом случае можно вести речь об относительно достоверном, то есть вероятностном решении.

Вместе с тем, понятие «вероятности» решения в большей мере отражает не степень очевидности информации, положенной в основу решения, а степень уголовно-процессуального формализма.

Ранее автор отмечал, что проверка поводов и оснований для возбуждения уголовного дела может осуществляться оперативно-розыскным путем. В процессе этой проверки можно доподлинно установить наличие признаков преступления. Однако методы проверки могут не найти своего процессуального закрепления. Поэтому вся дальнейшая деятельность возможно будет направлена на легализацию

<sup>127</sup>Автор помнит о допустимости осмотра места происшествия, но в данном случае его интересуют не исключения, а общее правило.

материалов названной проверки, по фактически готовому оперативному сценарию.

Если рассматривать «достаточные доказательства» и «достаточные данные» как полярные точки степени обоснованности принимаемых решений, то между ними мысленно можно поместить «достаточные основания». Последние, в частности, должны присутствовать при принятии решения о производстве обыска<sup>128</sup>.

Это, конечно, не означает, что можно усмотреть основание к возбуждению уголовного дела даже при таких данных, истинность которых заранее ставится под серьезное сомнение. Сомнения, лежащие в основе вывода о наличии преступного факта, сами по себе должны быть серьезными, убедительными. Но необязательно, чтобы они были полными, во всех деталях между собой согласованными и безусловно исключали противоположный вывод<sup>129</sup>.

Даже в тех случаях, когда факт преступления является несомненным, при возбуждении уголовного дела еще нет достаточных данных о всех его существенных чертах и потому говорить об истинности этого факта, о достоверности вывода о нем нельзя. Тут следует иметь в виду, что очевидность и достоверность (истинность) – понятия не тождественные, что в природе и обществе они не всегда совпадают. Для понимания этой идеи Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткуллин приводят любопытные аналогии. «Представляется очевидным, – пишут они, – что солнце вращается вокруг земли, чугун состоит на абсолютно застывших веществах, рельсы железной дороги где-то вдали соединяются и т. д. Тогда как достоверно известно, что и ее это не соответствует действительности. Поэтому надо «держать свой ум открытым», уметь видеть за очевидностью другие возможные выводы»<sup>130</sup>. Это – не только сугубо психологическое требование. Практика показывает, что факты, которые

<sup>128</sup>Подробнее о «пределах информативности» данных см. Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности. Проблемы теории и практики. Пятигорск. 1998. – С. 68-70.

<sup>129</sup>Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н. Указ. работа. – С. 125.

<sup>130</sup>Там же. – С. 126.

при возбуждении уголовного дела представляются вполне очевидными, в ходе предварительного расследования нередко существенно видоизменяются, получают иную окраску или опровергаются вообще.

Требование о том, чтобы при наличии сомнения в истинности, достоверности вывода о существовании преступного факта уголовное дело не возбуждалось, представляется автору неприемлемым и по другим соображениям. Во-первых, оно ведет к недопустимому расширению проверки первичных материалов о преступлении, и как следствие, к запоздалому возбуждению и тенденциозному расследованию уголовных дел. Во-вторых, при такой постановке вопроса может создаться неверное представление о состоянии преступности, так как каждый факт, по которому возбуждается уголовное дело, а priori берется за бесспорно существующий. А лицо в отношении которого возбуждается уголовное дело считается – увы преступником<sup>131</sup>.

Таким образом, для наличия основания к возбуждению дела в уголовном процессе достаточен предварительный, вероятный вывод о соответствующих фактах. Его, однако, нельзя смешивать с тем предположением о преступлении, которое имеется в поводах к возбуждению дела. Это предположение (в некоторых случаях категорическое утверждение), исходящее от лица, которое не уполномочено решать процессуальные вопросы.

При непосредственном обнаружении (в смысле повода) хотя и имеется предположение должностного лица органов прокуратуры, суда, предварительного следствия и дознания, но это – чаще всего предположение, еще не проверенное, только что возникшее в связи с обнаружением самых общих, первичных сведений о признаках преступления. Любое из этих предположений подвергается тщательной проверке, прежде чем делать вывод о его обоснованности. Когда же речь

<sup>131</sup> Автор помнит, что в российском уголовном процессе дела возбуждаются по факту. Здесь имеются ввиду случаи, когда возбуждение дела совпадает с постановкой лица в статус подозреваемого (задержание или избрание меры пресечения до предъявления обвинения).

идет об основании к возбуждению уголовного дела, то имеется в виду вывод, который делается должностным лицом органов прокуратуры, суда, следствия и дознания в результате внимательного анализа объективных данных, имеющих в первичном материале или добытых в ходе его проверки.

Предварительный вывод, которым обуславливается основание к возбуждению уголовного дела, нельзя также смешивать с версией. Следственная версия – это вероятное объяснение события, предположение о его возможности и только. Она важна для того, чтобы определить в каком направлении должно вестись дело, чтобы решить, где искать доказательства. Однако сами по себе версии никоим образом не могут послужить достаточным основанием для принятия процессуальных решений, в том числе о возбуждении уголовного дела. Их по делу может быть несколько, причем отнюдь не обязательно, чтобы каждая из них подкреплялась конкретными фактическими данными, взятыми из установленных законом источников. Версии нередко строятся исключительно на информационном материале оперативно-розыскного порядка, на слухах, которые ходят в том или ином коллективе, на интуиции и т. д. В отличие от этого, вывод, который кладется в основу решения о возбуждении уголовного дела, не может базироваться ни на интуиции, ни на голых предположениях, ни на чисто субъективном убеждении, ни на слухах, ни на информационном материале оперативно-розыскного характера. Он должен вытекать из конкретных объективных данных, содержащихся в определенных источниках. Такими источниками могут признаваться тексты заявлений и сообщений о преступлении, протоколы, (например, приема устного заявления или явки с повинной), официальные справки, акты, вещественные доказательства, объяснения должностных лиц и граждан или иные документы<sup>132</sup>.

Сказанное, разумеется, не означает, что при решении вопроса об основании к возбуждению уголовного дела интуиция и предположения,

<sup>132</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 127.

слухи и, тем более, информационные сведения оперативно-розыскного порядка вообще не имеют значения. Они должны быть учтены и проверены, надо уметь ими пользоваться, игнорировать их нельзя. Но эти факторы не должны компенсировать недостаток в объективных фактических данных. Смешение этих двух видов обстоятельств, подмена одного другим и неумение отличить объективное от субъективного в ряде случаев являются одной из причин ошибок при проверке основания к возбуждению уголовного дела.

Общие рассуждения о значении термина «достаточные данные» автор решил сопоставить с практическим пониманием этого термина. С этой целью автор вышел в «оперативно-следственные массы». Исследование показало, что сотрудники следственных и оперативных аппаратов весьма противоречиво понимают «достаточные данные». В ходе опроса сотрудников следственных подразделений вполне очевидно обозначилась тенденции «переоценки» первичной информации.

Так, почти 65 % (64,8 %) опрошенных полагают, что уголовное дело следует возбуждать, когда имеется информация, достоверно свидетельствующая о наличии всех элементов состава преступления (это следственная интерпретация «достаточных данных»). Причем, подавляющее количество респондентов этой группы ждут этого и от подразделений, представляющих информацию, полученную оперативно-розыскным путем (78, 2%).

Дальнейшее общение с представителями следственных аппаратов показало, что информационные проблемы они склонны решать не лично, а через поручения проверочных действий органу дознания. Только 27,4% следователя готовы проводить предварительную проверку самостоятельно. Но и эта не великая цифра, по предположениям автора, обусловлена не процессуальной ответственностью следователей, а скорее их складом характера и темпераментом.

Следует заметить, что и другие исследователи (и в другое время) наблюдали сходную картину. Н.Н. Ковтун, исследовавший схожие

проблемы, приводит следующие данные. «При поступлении в следственное подразделение ОВД заявления (сообщения) о преступлении, по которому органом БЭП не проводилась предварительная проверка, 76,5 % следователей направляют его в службу БЭП для проведения проверки, 15,3 % опрошенных проводят проверку самостоятельно, 36,7 % следователей полагают, что по данной категории преступлений всегда необходимо провести проверку в службе БЭП<sup>133</sup>».

Значительное место в своем исследовании автор уделил выяснению критериев достаточности данных, которые выработала следственная практика. Оказалось, что большинство следователей (69,4%) ратуют за то, чтобы к моменту возбуждения уголовного дела были прояснены почти все обстоятельства, входящие в предмет доказывания. Удивительно, но и оперативные работники не далеки от подобного единодушия. Сходное мнение продемонстрировали 62,3% опрошенных. Возбуждать уголовные дела по сведениям, указывающим лишь на объективную сторону преступления и его объект, готовы 24,3% сотрудников оперативных аппаратов и 19,6% следователей.

Важное значение имеет вопрос о минимуме тех фактических данных, которые в каждом конкретном случае должны лежать в основе вывода о наличии преступного деяния. Но по этому вопросу невозможно дать всеобъемлющую рецептуру, не скатываясь на рельсы теории формальных доказательств. В любой стадии уголовного процесса все фактические данные оцениваются по внутреннему убеждению соответствующих должностных лиц. Поэтому достаточность тех или иных сведений для того, чтобы делать вывод о наличии готовящегося или совершенного преступления, в каждом отдельном случае решается тем лицом, которое рассматривает вопрос о возбуждении уголовного дела. Однако некоторые общие положения в этом направлении могут быть намечены.

<sup>133</sup>Ковтун Н.Н. Указ. Работа. – С. 45.

Так, в некоторых случаях в интересах правоприменительной практики ведомственными актами устанавливается дополнительная информационная характеристика (набор обязательных элементов) оснований.. Письмом Генеральной прокуратуры России и МВД России № 15-16-92 от 22 декабря 1992 г. «О соблюдении законности при разрешении заявлений и сообщений о безвестном исчезновении граждан» устанавливается:

«Достаточным основание для решения вопроса о возбуждении уголовного дела по материалам проверки о безвестном исчезновении могут быть следующие признаки, которые прямо или косвенно указывают на то, что без вести пропавший стал жертвой преступления:

- отсутствие данных о намерении уехать, причин для сокрытия от близких причин своего отъезда либо ухода из дома на длительное время, наличие личных документов и вещей без которых человек не может обойтись в случае длительного отсутствия;
- малолетний возраст пропавшего, отсутствие заболевания, которое может обусловить скоропостижную смерть, потерю памяти, ориентировку во времени или пространстве;
- исчезновение с автотранспортом или крупной суммой наличных денег, ценностей;
- постоянные конфликты в семье, угрозы в адрес исчезнувшего лица, преступные связи;
- противоречивые объяснения и нелогичное поведение тех, кто контактировал с пропавшим перед исчезновением;
- обнаружение в ходе розыска следов, получение иных сведений, свидетельствующих о возможном совершении преступления».

2.4. Начало уголовного процесса при непосредственном обнаружение признаков преступления, органами правомочными возбудить уголовное дело

**Непосредственное обнаружение признаков преступления**

### *как повод к возбуждению уголовного дела*

Рассуждения о терминологической эволюции повода, вынесенного в заглавие параграфа, автор начнет с Устава уголовного судопроизводства - «первого настоящего УПК России».<sup>134</sup>

Среди «законных поводов к начатию следствия», как уже отмечалось, в Уставе можно увидеть - «возбуждение дела прокурором и возбуждение дела по непосредственному усмотрению следователя».

При первом контекстном восприятии термин «усмотрение» невольно ассоциируется с умозрительным актом должностного лица, основанном на определенных рассуждениях (усмотрение ума) и могущим вылиться в определенное равновероятное (либо «да», либо «нет») решение. В современном толковом словаре русского языка слово «усмотрение» примерно так и интерпретируется: «решение, заключение, мнение»<sup>135</sup>. Однако существительное «усмотрение», отглагольно от «усмотреть» - увидеть, заметить, установить, обнаружить, признать<sup>136</sup>.

При таком (глагольном) подходе в основе понимания «непосредственного обнаружения» лежит, прежде всего, чувственное восприятие события преступления. В этом случае, усмотрение означает, что должностное лицо воспринимает преступление как явление (случайное или искомое). Причем воспринимает, как следует из буквального смысла «усмотрения», в первую очередь визуально. Однако визуальное восприятие преступления лицом, компетентным возбудить производство по делу, превращает это лицо в очевидца. Не означает ли это, что непосредственное усмотрение следователя как повод к началу производства по делу имело место только тогда, когда следователь становился очевидцем злодеяния и никогда более? Текст Устава, по нашему мнению, позволяет ответить на данный вопрос утвердительно. Согласно ст. 313 Устава «судебный следователь приступает к следствию

<sup>134</sup>Именно так окрестили Устав Томин В.Т. и Поляков М.П. Развитие уголовно-процессуального законодательства на постсоветском пространстве. – С. 8.

<sup>135</sup>Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. – М., 1986. – С. 729.

<sup>136</sup>Там же.

по собственному усмотрению лишь в том случае, когда застигнет совершающееся или только что совершившееся преступное деяние». Во всех других случаях «столкновения» с признаками преступления следователь не волен был возбуждать производство по делу. Этот вывод со всей очевидностью вытекает из ст. 314. «Если при производстве следствия об одном преступлении обнаружены будут признаки другого, не имеющего существенной связи с производимым делом, то следователь приняв меры к сохранению сих признаков, а в случаях, законом указанных, и к пресечению подозреваемому способов уклоняться от следствия, доводит о том до сведения прокурора или его товарища и приступает к исследованию вновь открытого преступления не иначе как по предложению от лица прокурорского надзора».

Таким образом, можно сделать вывод, что в Уставе «непосредственное усмотрение следователя» толковалось весьма узко. Этот повод мог иметь место лишь тогда, когда следователь сам оказывался в гуще криминальных событий. Причем в Уставе четко записано, что следователь должен был прежде интерпретировать явление как «преступление». Именно как преступление, а не как признаки преступления. Уставу известны оба этих понятия. Во всех других случаях обнаружения информации о признаках преступления, следователь должен был ставить в известность прокурора, переадресовывая ему анализ данных и принятие решения по результатам этого анализа. Прокурор и его товарищи, согласно ст. 311 Устава, могли «возбуждать дела как походящим до них сведениям, так и по непосредственно ими усмотренным преступлениям или признакам преступных деяний».

Как видим, прокурор мог принимать решения не только на основании «непосредственного усмотрения», но и при получении информации из других источников. Законодатель, подчеркивая широкие права прокуратуры, не стал ограничивать ее полномочия к возбуждению дела привязкой к непосредственному усмотрению, как он это сделал в отношении следователя. «Права прокуратуры по возбуждению

уголовного преследования, ~ - пишет В. И. Викторский, ~ - очень широки: она может возбуждать дела не только по непосредственно усмотренным ею преступлениям или признакам преступного деяния, но и по всяким, доходящим до нее сведениям, следовательно, и по слухам (ст. 311 Устава); и раз прокурор возбудил уголовное преследование по известному делу, судебный следователь обязан начать предварительное следствие, не входя в рассмотрение основательности этого возбуждения»<sup>137</sup>.

Если бы автор писал работу лет двадцать назад, то он не преминул бы упрекнуть «царское законодательство» в потакании прокурорскому произволу. Однако сегодня широта прокурорских полномочий тех лет видится в несколько ином свете. Обратим внимание на ст. 312 Устава. «Прокурор и его товарищи не должны требовать начатия следствия без достаточных к тому оснований. В сомнительных случаях они обязаны собрать сведения посредством негласного полицейского разведывания».

Какая замечательная, на наш взгляд, была норма. Недостаточность информации восполнялась оперативно-розыскными средствами. Иными словами имело место **«посредственное» усмотрение** прокурора. Посредственное ~ - в смысле усмотрение при помощи определенных средств, преимущественно негласных. Российский законодатель делал упор на негласные полицейские методы вероятно для того, чтобы не возбуждать преждевременного бытового осуждения лица или ситуации. Это наши предположения. Словом, прокурор восполнял информационные пробелы именно негласными способами. Восполнив же недостаток информации до нужной консистенции, необходимой и достаточной для обоснованного возбуждения дела, он принимал решение, не растолковывая при этом ни кому, как он пришел к выводу о необходимости указанного акта. По всей вероятности, существовала презумпция профессионализма и добросовестности прокурора. «Раз прокурор возбудил уголовное преследование по известному делу, ~ - указывает С. И. Викторский, ~ - судебный следователь обязан начать

<sup>137</sup>Викторский С.И. Русский уголовный процесс. – М., 1997. – С. 240.

предварительное следствие, не входя в рассмотрение основательности этого возбуждения»<sup>138</sup>. Исключение допускалось лишь при выдвижении прокурором незаконных требований. В этом случае следователь должен был направлять дело в окружной суд, для окончательного решения вопроса<sup>139</sup>.

УПК РСФСР 1923 г. сохранил в себе идею о возможности возбуждения производства по делу по «предложению прокурора» (п. 4 ст. 91), однако, исключил прокурора из фигурантов, которые могли возбуждать производство по делу по «непосредственному усмотрению». Пункт 5 с. 91 УПК РСФСР (1923 г.) сформулирован так - «непосредственное усмотрение органов дознания, следствия и суда». Однако ученые процессуалисты не увидели в этом какого-то запрета. Р.Д. Рахунов объединял «предложение прокурора» и «непосредственное усмотрение» иных лиц в одну группу поводов<sup>140</sup>. Он полагал, что «предложение прокурора и усмотрение органов дознания, следствия и суда представляют собой повод к возбуждению дела в случаях: а) когда прокурор приходит к выводу о необходимости возбуждения уголовного дела в процессе осуществления своих функций по общему надзору и б) когда прокурор, следователь, орган дознания и суд приходят к такому выводу в процессе производства предварительного расследования или судебного разбирательства<sup>141</sup>.

«Предложение прокурора» как повод в годы действия УПК РСФСР 1923 г. подвергся глубокой критике. Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткуллин указывали в этой связи, что «предложение прокурора никогда не выступает в качестве первопричины возникновения деятельности по возбуждению уголовного дела. Оно имеет место после того, как прокурор получил или лично обнаружил сведения о преступном деянии и перед ним встала задача рассмотреть их, применять по ним процессуальное

<sup>138</sup>Там же.

<sup>139</sup>Комментарий к Уставу уголовного судопроизводства. В кн. Российское законодательство X-XX веков. – М., 1991. – С. 297.

<sup>140</sup>Рахунов Р.Д. Указ. работа. – С. 38.

<sup>141</sup>Там же. – С. 39.

решение. Предложению прокурора всегда предшествует один из других поводов к возбуждению уголовного дела ~ заявление, сообщение, явка с повинной или непосредственное усмотрение самого прокурора. Поэтому такое предложение фактически появляется только в ходе деятельности по решению вопроса о возбуждении уголовного дела и служит не поводом в смысле ст. 108 УПК РСФСР, а средством замены субъектов этой деятельности, средством переложения соответствующих полномочий с прокурора на следователя или на органы дознания». Разделял эту точку зрения и Р.Д. Рахунов, приветствуя отсутствие подобного повода в УПК УССР<sup>142</sup>.

Как видим, УПК 1923 г., унаследовав многие терминологические моменты из Устава, утратил дух и суть отдельных поводов и в частности, основную идею такого повода, как «предложение прокурора». Если в Уставе прокурор был «трансформатором» непроцессуальной информации в процессуальные решения, то в УПК 1923 г. ему отводилась роль «трансформатора» процессуальной информации в процессуальные же решения. Естественно этот элемент оказался лишним и в УПК 1960 г. не проявился. Хотя нет, прокурор был включен в группу субъектов, уполномоченных возбуждать дела при непосредственном обнаружении признаков преступления. В новой редакции повод звучал так ~ «непосредственное обнаружение органом дознания, следователем, прокурором и судом признаков преступления» (п.6 ст. 108УПК).

В одной из первых монографий, увидевших свет после принятия УПК 1960 г., приводится следующая характеристика этого повода. «Непосредственное усмотрение прокурора, судей, следователя и лиц, производящих дознание (Н. В. Жогин и Ф. Н. Фаткулин по инерции называют повод по-старому ~ А.П.). Этот повод отличается от других прежде всего тем, что при нем вопрос о возбуждении уголовного дела решается по собственной инициативе лиц, уполномоченных вести уголовный процесс. Тут нет внешнего побудительного начала, толчка со

Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 118.

<sup>142</sup>Рахунов Р.Д. Указ. работа. – С. 39.

стороны к тому, чтобы эти должностные лица занялись решением данного вопроса независимо от своей воли»<sup>143</sup>.

Вместе с тем, указанные авторы обращают внимание на то, что непосредственное усмотрение, в смысле повода к возбуждению уголовного дела, не может трактоваться как произвольное мнение прокурора, судьи, следователя или органа дознания. Оно должно основываться на конкретных объективных данных, показывающих, что, возможно, имеет место преступное деяние. Но нельзя отождествлять его ни с самими фактическими данными, ни с их источником. Иначе можно непосредственное усмотрение должностных лиц органов прокуратуры, суда, предварительного следствия и дознания признать доказательством или источником доказательств, т. е. впасть в грубую ошибку.

Равным образом, по их мнению, неверно полагать, что под непосредственным усмотрением подразумевается вывод, сделанный выше должностными лицами на основе анализа имеющихся у них сведений о преступном факте. При такой постановке вопроса приходится поставить знак равенства между поводом и фактическим решением о возбуждении уголовного дела.

Все эти рассуждения привели ученых к следующему определению анализируемого повода. «Непосредственное усмотрение как повод – это обнаружение самими должностными лицами органов прокуратуры, суда, следствия и дознания фактических данных, позволяющих сделать самое первоначальное предположение о наличии готовящегося или совершенного преступления. Оно побуждает заинтересоваться этими сведениями, более тщательно изучить их и тем самым выступает в качестве юридического факта, порождающего последствия, характерные для всякого повода к возбуждению дела в советском. уголовном процессе»<sup>144</sup>.

Учитывая тот факт, что непосредственное усмотрение как повод выражается чаще всего в обнаружении соответствующими должностными лицами признаков преступления, п. 6 ст. 108 УПК РСФСР

<sup>143</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 112.

<sup>144</sup>Жогин Н.В., Фаткулин Ф.Н. Указ. работа. – С. 113.

(1960 г.) термин «непосредственное усмотрение» уступил место «непосредственному обнаружению». Одновременно, как уже говорилось, был расширен перечень субъектов, уполномоченных непосредственно обнаруживать признаки преступления. По действующему законодательству это – прокурор, суд, следователь и орган дознания. Прокурор появился в этом списке после того, как «в жертву» был принесен такой исторический повод, как возбуждение уголовного дела по предложению прокурора.

Вместе с тем, анализ отдельных статей современного УПК РСФСР показывает, что непосредственное обнаружение признаков преступления прокурором не всегда поглощает собой его же непосредственное усмотрение (предложение). Могут быть отдельные случаи, когда поводом к возбуждению дела является непосредственное усмотрение прокурора, несмотря на то, что есть заявление или сообщение о преступлении. Так может получиться при таких преступлениях, как оскорбление, клевета и нанесение легких телесных повреждений и побоев. Если об одном из подобных деяний имеется заявление лица, не являющегося потерпевшим от преступления, и прокурор считает, что дело имеет особое общественное значение, то он может возбудить уголовное дело, поводом к чему послужит его непосредственное усмотрение, хотя сведения о преступлении обнаружены не им, а поступили извне.

Однако подобные замечки, по мнению автора, вряд ли являются основанием для реанимации формулировки от которой уже успели отвыкнуть правоприменители.

В современном УПК РСФСР содержание анализируемого повода не раскрывается. Однако этот пробел довольно успешно восполняют многочисленные комментаторы закона.

Непосредственное обнаружение признаков преступления означает, по их мнению, что «орган, компетентный возбудить уголовное дело, в процессе своей деятельности процессуальной, оперативно-розыскной, административной или иной обнаружил признаки преступления. Факт

непосредственного обнаружения признаков преступления названными субъектами фиксируется в протоколе осмотра места происшествия, в письменном рапорте работника милиции о задержании лица с поличным, в протоколе судебного заседания»<sup>145</sup>.

Следует учитывать, что «момент возникновения повода ~ в виде непосредственного обнаружения признаков преступления ~ нередко зависит от того, является ли органом дознания конкретное должностное лицо или государственный орган. Командир воинской части, начальник исправительно-трудового учреждения или другое должностное лицо, наделенное статусом органа дознания, лично обнаружившее признаки преступления в результате осуществления служебных функций, вправе констатировать наличие повода, предусмотренного п. 6 ст.108. Несколько иная картина складывается, когда органом дознания является государственный орган (милиция, налоговая полиция) и др. При обнаружении признаков преступления сотрудниками этих органов повод, предусмотренный п. 6 ст. 108, появляется только после того, как начальник органа дознания убедится в том, что представленные ему материалы (рапорта, объяснения, протоколы и т.д.) содержат сведения о совершении деяния, подпадающего под признаки преступления. Если начальник соответствующего органа дознания придет к выводу, что для констатации наличия этого повода необходимо провести дополнительную проверку по первичным материалам, она осуществляется в рамках оперативно-служебной или оперативно-розыскной деятельности»<sup>146</sup>.

**Непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания**, как можно увидеть из текста комментариев выделяется особо. Во-первых, орган дознания прежде других называется в п. 6. ст. 108. И если учесть, что в мире нет ничего случайного, то и первенство органа дознания в перечне органов, уполномоченных

<sup>145</sup>Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Отв. ред. В. И. Радченко. Под ред. В. Т. Томина. 2-е изд. – М.: «Юрайт», 1999. – С. 205.

<sup>146</sup>Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под общ. ред. В. М. Лебедева. Научн. ред. В. П. Божьев. – М.: «Спарк», 1997. – С. 211.

возбуждать дела при непосредственном обнаружении признаков преступления должно означать, что данный орган более других сталкивается с эти поводом.

Во-вторых, особенность здесь видится в процессуальном понимании «органа дознания». Обратимся к самому последнему разъяснению этого термина, к комментарию УПК РСФСР 1999 г. Комментатор ст. 117 М.П. Поляков пишет: «Когда закон говорит об органе дознания, как субъекте (носителе) процессуальных прав и обязанностей. то независимо от того, называется ли определенное учреждение либо его руководитель, в обоих случаях законодатель подразумевает, что вся полнота полномочий соответствующего органа дознания принадлежит его начальнику»<sup>147</sup>.

Таким образом, о непосредственном обнаружении признаков преступления органом дознания можно говорить лишь тогда, когда на преступление натолкнулось первое лицо органа. С таким подходом согласны не все ученые. Профессор А. А. Чувилев, равно как и авторы приводимых выше комментариев, предлагают толковать непосредственное обнаружение шире. Как обнаружение признаков преступления любым сотрудником правоохранительных органов, поименованных в ст. 117 УПК.

Об обнаружении ими признаков преступления, они докладывают начальнику органа дознания. «Только после того, как он в качестве начальника органа дознания, убедится в том, что представленные материалы (рапорта, объяснения, протоколы, акты и т.д.) содержат сведения о наличии обстоятельств, подпадающих под признаки какого-либо из составов преступления, появляется повод к возбуждению уголовного дела»<sup>148</sup>.

Получается, что орган дознания, в лице его руководителя, обнаруживает признаки преступления на бумаге. Однако здесь, по

<sup>147</sup>Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР/ Под ред. В. Т. Томина. 2-е изд. – С. 219.

<sup>148</sup>Дознание в органах внутренних дел / Под ред. А. А. Чувилева. – М., 1986. – С. 28-29.

нашему мнению, уже не будет непосредственного обнаружения (если речь не идет об уголовно-наказуемой подделке документа, изучаемого им). В данном случае будет иметь место обнаружение «посредственное», обнаружение по средствам бдительных сотрудников. У автора даже появилась мысль о целесообразности выделения отдельного повода для возбуждения уголовного дела – обнаружение признаков преступления органом дознания. В качестве предпосылки к такому шагу служили размышления об узости термина «непосредственное обнаружение» применительно к органу дознания. Однако впоследствии появлялось все больше аргументов отказаться от этой идеи. Вместе с тем, специфичность анализируемой деятельности органов дознания остается вне сомнений.

На деле непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания (учреждением) представляет из себя многоэтапную процедуру. Орган дознания-учреждение это орган, наделенный, правом производства оперативно-розыскной деятельности, деятельности, специально направленной на обнаружение преступлений. Поэтому деятельность начальника органа дознания в большинстве своем венчает непосредственное обнаружение. Начальник органа дает юридическую оценку и констатирует наличие повода (как юридического факта) для возбуждения уголовного дела. Таким образом, «орган дознания» в контексте ст. 108 несет в себе двойную смысловую нагрузку.

Стремление оторваться от сковывающей терминологии («орган дознания») наблюдается в новых УПК бывших союзных республик. Приведем для иллюстрации соответствующие статьи.

Статья 328 (УПК Республики Узбекистан). «Непосредственное обнаружение сведений о преступлении органом или должностным лицом, правомочным возбудить уголовное дело»

Непосредственное обнаружение сведений о преступлении может служить поводом к возбуждению уголовного дела в случаях когда:

1) дознаватель получает сведения о преступлении при осуществлении административных функций или при производстве дознания по делу о другом преступлении;

2) следователь получает сведения о преступлении при производстве предварительного следствия по делу о другом преступлении;

3) прокурор получает сведения о преступлении при осуществлении надзора за исполнением законов или при производстве предварительного следствия по делу о другом преступлении;

4) судья получает сведения о преступлении при производстве по административному делу или по делу о другом преступлении;

5) суд получает сведения о преступлении при производстве по гражданскому делу или по делу о другом преступлении;

Статья 182 (УПК Республики Казахстан). «Непосредственное обнаружение сведений о преступлении должностными лицами и органами, управомоченными возбудить уголовное дело»

Обнаружение сведений о преступлении служит поводом к возбуждению уголовного дела в случаях, когда:

1) при исполнении своих должностных обязанностей сотрудник органа дознания, следователь, прокурор становятся очевидцами преступления либо обнаруживают следы или последствия преступления непосредственно после его совершения;

2) орган дознания и дознаватель получают сведения о преступлении при осуществлении своих функций или при производстве дознания по делу о другом преступлении;

3) следователь получает сведения о преступлении при расследовании по уголовному делу о другом преступлении;

4) прокурор получает сведения о преступлении при осуществлении надзора за исполнением законов.

Можно предположить, что конструкторы современного уголовно-процессуального России законодательства тоже пойдут по этому пути. Однако предположение это не подтвердилось. Проект УПК РФ (ст. 150),

сохраняя в себе «непосредственное обнаружение дознавателем, органом дознания, следователем или прокурором сведений, указывающих на признаки преступления» (п.5), не расшифровывает, что же вкладывается в это понятие. В этой связи возникает обоснованное пожелание российскому законодательству позаимствовать у «младших братьев» наиболее ценные формулировки. По мнению автора в качестве образца вполне подошла бы «казахстанская» норма, однако после усиления оперативно-розыскной природы деятельности органа дознания.

В этой связи автор предлагает изменить нынешнюю формулировку п. 6. ст. 108 УПК РСФСР более универсальной конструкцией - «непосредственное обнаружение признаков преступления должностными лицами и органами, компетентными возбудить уголовное дело». В новом УПК РФ должна быть именно такая текстовка. Содержание повода также необходимо закрепить в новом УПК РФ. По мнению автора текст должен быть таким:

Статья. «Непосредственное обнаружение признаков преступления должностными лицами и органами, компетентными возбудить уголовное дело»

Непосредственное обнаружение признаков преступления явится поводом к возбуждению уголовного дела в случаях, когда :

1) сотрудник органа дознания, следователь, прокурор, судья в ходе исполнения своих должностных обязанностей становятся очевидцами преступления либо обнаруживают следы или последствия преступления непосредственно после его совершения;

2) орган дознания и дознаватель получают сведения о преступлении при осуществлении своих функций, в ходе производства оперативно-розыскных мероприятий или при производстве дознания по делу о другом преступлении;

3) следователь получает сведения о преступлении при расследовании по уголовному делу о другом преступлении;

4) прокурор получает сведения о преступлении при осуществлении надзора за исполнением законов;

5) суд получает сведения о преступлении при производстве по делу, не связанному с этим преступлением;

Непосредственное обнаружение признаков преступления» как повод к возбуждению дела имеет некоторое своеобразие, заключающееся в том, что начальный этап непосредственного восприятия (предположения) зачастую формально не фиксируется, а, следовательно затруднительно для контроля. В случае неподтверждения этого предположения нет необходимости официально опровергать его вынесением мотивированного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела.

Как правило, первичная информация о криминальном событии не достаточна для вынесения одного из процессуальных решений, предусмотренных ст. 109 УПК. Из первичной информации не всегда со всей ясностью может следовать вывод о степени криминальности деяния. Внешние сомнительные проявления деятельности отдельных личностей могут заинтересовать компетентные органы, но этот факт еще не будет означать преступность деяний лиц, спровоцировавших правоохранительное любопытство. Вывод о криминальности деяния может быть сделан только после соответствующих проверочных действий непроцессуальной природы. Следовательно, толчком к этой проверке будет информация, не являющаяся поводом в уголовно-процессуальном смысле. Результат обговариваемой выше деятельности станет юридическим фактом, если он примет форму официального резюме начальника органа дознания. То есть мы опять пришли к мысли, что начальник органа дознания обнаруживает признаки преступления в проверочных материалах.

«Деятельность по обнаружению признаков преступления, пишет В. Н. Григорьев, может быть весьма длительной, между тем повод должен представлять собой единовременный акт, порождающий обязанность решить вопрос о возбуждении уголовного дела. Только при этом условии

повод выступает в качестве начального момента исчисления сроков принятия решения. На наш взгляд, повод к возбуждению уголовного дела при непосредственном обнаружении признаков преступления появляется в тот момент, когда на основе полученной информации уполномоченным должностным лицом органов внутренних дел делается вывод о наличии признаков определенного преступления»<sup>149</sup>.

Рассуждения о процессе формирования «непосредственного обнаружения» приводят еще к одному выводу: повод по сути появляется одновременно с основанием к возбуждению уголовного дела. Точнее повод появляется одновременно с основанием, не требующим дополнительной проверки. Однако данный вывод верен лишь в том случае если формирует повод и принимает решение один и тот же орган, в нашем случае – орган дознания<sup>150</sup>.

Но дело может обстоять иначе, если вопрос о возбуждении уголовного дела будет решать другой орган, например следователь. Последний, оценивая материалы может прийти к выводу, что данных материалов не достаточно для принятия обоснованного решения. Дополнительные проверки после передачи материалов не редкость. По данным В.Н. Григорьева, такие проверки проводились в 5% изученных им дел<sup>151</sup>. Вероятно В.Н. Григорьев имеет ввиду проверки, дополнительно проводимые в следственном аппарате. На то, что следственные аппараты в 8,1% случаев самостоятельно восполняют материалы проверки указывает и Н. Н. Ковтун. Он полагает, что не лучше обстоит дело и с материалами проверок, проведенных службой БЭП и затем направленных в следственное подразделение для решения вопроса о возбуждении

<sup>149</sup>Григорьев В.Н. Обнаружение признаков преступления органами внутренних дел. – Ташкент, 1986. – С. 22.

<sup>150</sup>О соотношении поводов и оснований у диссертанта возникла следующая мысль. При обычном режиме основания ищут в поводе, поскольку сам повод и порождает проблему поиска оснований. При «непосредственном обнаружении» наоборот, констатация повода происходит, как правило, вслед за появлением основания. То есть, в данном случае возможен парадокс – появление основания прежде повода. Сотрудники некоторых оперативных аппаратов (БЭП, например) работают от основания к поводу.

<sup>151</sup>Григорьев В.Н. Указ. работа. – С. 21.

уголовного дела. 80,6% следователей ОВД при поступлении в следственное подразделение некачественно проверенных материалов возвращают их для доработки в ОБЭП ...».

Таким образом, вывод очевиден - непосредственное обнаружение признаков преступления влечет лишь обязанность рассмотреть вопрос о возбуждении уголовного дела, но не предрешает его.

Размышляя о других особенностях изучаемого повода, стоит отметить, что непосредственное обнаружение не имеет собственной процедуры. «Она, по мнению В. Н. Григорьева, заимствуется у того направления служебной деятельности правоохранительных органов, в ходе которого выявляется преступление. Этим указанная форма отличается от такой, как рассмотрение заявлений и сообщений, которая обладает самостоятельной процедурой»<sup>152</sup>.

Многогранная по своим направлениям деятельность правоохранительных органов, приводящая к непосредственному обнаружению признаков преступления, осуществляется по разным правилам. Лишь в некоторых случаях эти правила установлены уголовно-процессуальным законом, чаще они относятся к сфере административно-правового регулирования. В частности, при выявлении преступления органами милиции – правилами административной и оперативно-розыскной деятельности.

Вместе с тем, деятельность по непосредственному обнаружению признаков преступления обладает рядом единых черт, обусловленных ее общей целью - обнаружением преступления. Во всех случаях непосредственного обнаружения признаков преступления правоохранительные органы действуют в силу публичности, при отсутствии официально выраженного волеизъявления официальных лиц и органов.

Правовая природа непосредственного обнаружения признаков

Ковтун Н.Н. Указ работа. – С. 46.

<sup>152</sup>Григорьев В.Н. Процессуальная форма обнаружения признаков преступления // Уголовная ответственность и ее реализация. – Куйбышев, 1985. – С. 104.

преступления отличается определенной сложностью. Эта деятельность может начинаться как административная, гражданско-процессуальная, но заканчивается как уголовно-процессуальная. Ее правовая природа меняется с появлением повода к возбуждению уголовного дела: с этого момента она приобретает уголовно-процессуальный характер<sup>153</sup>.

Деятельность по непосредственному обнаружению признаков преступления не всегда с самого начала является уголовно-процессуальной. Поводом к возбуждению уголовного дела при непосредственном обнаружении признаков преступления выступают самые первые данные, побуждающие заинтересоваться каким-либо событием как преступным. Чаще всего такие данные не достаточны для выводов о наличии признаков преступления. Из них не всегда может быть ясно само деяние либо его противоправность. Особенно это характерно для случаев, когда уголовная наказуемость деяния зависит от размера, интенсивности или повторности содеянного<sup>154</sup>. Для выяснения обстоятельств происшествия обычно проводится административная проверка. По данным В. Н. Григорьева подобная проверка проводилась в 91,3 % случаев непосредственного обнаружения признаков преступления. Только по ее завершении, когда делается вывод о наличии признаков преступления, появляется повод к возбуждению уголовного дела, порождающий уголовно-процессуальные отношения в связи с выявленным преступлением<sup>155</sup>.

Эти особенности, однако, не меняют принципиально процессуальное существо данного повода, не дают основания противопоставить его другим поводам к возбуждению дела в уголовном процессе. Непосредственное обнаружение отличается от остальных поводов лишь явно выраженной в нем инициативностью: при нем органы, компетентные возбудить уголовное дело, становятся функционально

<sup>153</sup>Там же. – С.104.

<sup>154</sup>Григорьев В.Н. Возбуждение уголовного дела при непосредственном обнаружении признаков преступления // Правоведение. – 1982. – № 5. – С. 99-100.

<sup>155</sup>Григорьев В.Н. Процессуальная форма обнаружения признаков преступления. – С.105.

активными по собственной инициативе, порожденной в свою очередь фактом обнаружения первичных сведений криминального свойства.

У автора создается впечатление, что для правоприменительной практики не имеет большого значения по какому поводу возбуждается уголовное дело. Важен сам факт возбуждения и орган, возбудивший дело. Все это естественно затруднило обобщение массивных эмпирических единиц. Так, анализируя, статистику возбуждения уголовных дел в Нижегородской области, удалось обнаружить некоторую закономерность между общим количеством возбуждаемых дел и долей в этом органов дознания (данные приводятся в скобках). 1996 г. – 59 787 (4 754); 1997 – 58 634 (9 668); 1998 – 58 632 (9 455).

Как видим удельный вес уголовных дел возбуждаемых органом дознания (криминальной милицией) в последние годы возрос: в 1998 г. участие органов дознания в этом процессе составило 16%. Анализ выборочных материалов позволяет сделать вывод, что порядка 10,5% дел (от общего количества) возбуждается именно по «непосредственному усмотрению».

Аналитическая документация (карты учета) игнорируют информацию, касающуюся пункта ст. 108 УПК, по которому возбуждено уголовное дело. В конкретных уголовных делах вывод об этом пункте можно сделать только после анализа определенной системы документов. В постановлении о возбуждении уголовного дела пункт, как правило не указывается.

В разрабатываемых учеными образцах процессуальных документах этому обстоятельству также уделяется очень мало внимания. В предлагаемых «эталонах» рекомендуется ссылаться на ст. 108 (без указания пункта ч. 1.), на ст. 112 и одну из частей ст.129<sup>156</sup>. Представляется, что подобное «недоразумение» должно быть устранено.

Необходимо указывать пункт (как привязку к поводу) в постановлении о возбуждении уголовного дела, а также в статистической

<sup>156</sup>См. Процессуальные документы органов предварительного расследования. Образцы. / Научн. ред. С. В. Бородин. – М., 1998. – С. 20-21.

карте, изготавливаемой для учета преступления. Данная информация позволит отслеживать динамику поводов, совершенствовать как наиболее популярные», так и «отсталые» поводы. Возможно это поможет освободиться от мертвых поводов и подчеркнуть особую значимость «живых», в том числе и такого, как «непосредственное обнаружение признаков преступления».

Предрешая эти нововведения автор уже провел небольшое исследование вопроса в каких случаях стоит указывать именно п. 6 ст. 108 УПК, а не смежные пункты; в частности такой, как сообщение должностных лиц (п. 3 ст. 108). В указанном пункте перечислены: предприятия, учреждения, организации и должностные лица. Автор задался вопросом: а не может ли в качестве должностного лица (в контексте рассматриваемого предписания) выступать оперативный работник, передавший сообщение с официальным письмом в следственный аппарат. Принять в обсуждении этого вопроса было предложено сотрудникам оперативных аппаратов. Все опрошенные оперативники без исключения указали – пункт 6.

Следователям решение предложенной задачи видится не однозначно. Единодушие с оперативниками проявили 5 чел. (16 %); 25 чел. (84 %) считают, что поводом для возбуждения уголовного дела в данном случае явится ~ п. 3 ст. 108 УПК. Один следователь даже решил, что целесообразнее рассматривать официальное письмо оперативного работника в качестве заявления гражданина (анкета эта «была признана не действительной»).

Как видим, если опустить небольшой процесс «единодушия», то можно наблюдать противоположные подходы. Очевидна необходимость научного «разведения» этих поводов.

Представляется, что критерий разграничения поводов, изложенных в п. 6 и п. 3 ст. 108 заключается в полномочии возбуждать уголовное дело по имеющейся информации. Причем, полномочие должно рассматриваться не как действительное, а как «чистая потенция». Именно в этом, по нашим

соображениям, заключалась основная идея повода «непосредственное обнаружение». Каждый фигурант п. 6 ст. 108 имеет потенциальную возможность возбудить уголовное дело по факту непосредственно им обнаруженного преступления (признаков). Все ведомственные (прагматически ориентированные) приказы и инструкции не отменяют потенциальной юридической силы, скрывающейся в п. 6 ст. 108.

Совершенно другая картина представляется в отношении субъектов, названных в п. 3 ст. 108. Подразумеваемые органы и должностные лица ни при каких обстоятельствах не могут возбуждать уголовных дел. Самое большее, в чем может выражаться их реакция на признаки криминала – это сообщение в компетентные органы. Потенциальная возможность принятия юридически значимых (с процессуальной точки зрения) решений у них отсутствует.

Из сказанного вытекает только один вывод – оперативный работник – представитель органа дознания, без резолюции которого (начальника) не может направить ни одной «солидной бумаги» – не должен рассматриваться как обыкновенное должностное лицо. Информация, исходящая от него и связанная с реакцией на признаки преступления, может быть процессуально квалифицирована только как – непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания. В конечном итоге, вся деятельность сотрудника оперативного аппарата, направленная на «формирование официального письма» (привязка к формулировкам анкеты – *Авт.*) это и есть содержание деятельности по непосредственному обнаружению признаков преступления.

*Возбуждение уголовного дела при непосредственном  
обнаружении признаков преступления оперативными  
аппаратами*

Уголовно-процессуальному и оперативно-розыскному<sup>157</sup> законодательству термин «оперативный аппарат» неизвестен<sup>158</sup>. УПК производство оперативно-розыскных мероприятий связывает с понятием органа дознания; закон об ОРД (ст. 13) использует терминологию - «органы, осуществляющие ОРД» и «оперативные подразделения» (органов внутренних дел РФ; органов федеральной службы безопасности; федеральных органов налоговой полиции; федеральных органов государственной охраны; органов пограничной службы РФ; таможенных органов РФ; службы внешней разведки РФ).

«Оперативный аппарат» в контексте настоящей работы подразумевает орган дознания, в составе которого имеются структурные подразделения, наделенные оперативно-розыскными полномочиями.

Деятельность по непосредственному обнаружению признаков преступления оперативными аппаратами венчает – принятие решения о возбуждении уголовного дела<sup>159</sup>. Действующее уголовно-процессуальное законодательство предусматривает возможность возбуждения уголовного дела органами дознания, не только по делам им подсудственным. Ст. 19 УПК достаточно категорично предписывает: «При наличии признаков преступления, по которым производство предварительного следствия обязательно, орган дознания возбуждает уголовное дело и, руководствуясь правилами уголовно-процессуального закона, производит неотложные следственные действия по установлению и закреплению следов преступления: осмотр, обыск, выемку, освидетельствование, задержание и допрос подозреваемых, допрос потерпевших и свидетелей.

<sup>157</sup>Проф. А.Ю. Шумилов полагает, что правильнее говорить об уголовно-розыском праве и уголовно-розыском законодательстве. Подробнее см. : Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России. – М., 1997; Его же. Начала уголовно-розыского права. – М., 1998.

<sup>158</sup>Название «оперативные аппараты» имеет хождение в ведомственных нормативных актах органов внутренних дел, имеющих ограничительный гриф.

<sup>159</sup>Выше автор отмечал, что специфика указанного повода заключается и в том, что решение об отказе возбуждения уголовного дела может не приниматься (в нем нет практической необходимости).

Об обнаруженном преступлении и начатом дознании орган дознания немедленно уведомляет прокурора.

По выполнении неотложных следственных действий орган дознания, не ожидая указаний прокурора и окончания срока, предусмотренного частью первой статьи 121 настоящего Кодекса, обязан передать дело следователю. В случае, если данное преступление подследственно разным органам предварительного следствия, дело направляется прокурору для определения органа, который будет проводить предварительное следствие.

После передачи дела следователю орган дознания может производить по нему следственные и розыскные действия только по поручению следователя. В случае передачи следователю дела, по которому не представилось возможным обнаружить лицо, совершившее преступление, орган дознания продолжает принимать оперативно-розыскные меры для установления преступника, уведомляя следователя о результатах».

Казалось бы процедура реализации обнаруженных признаков преступления достаточно ясна – тот, кто нашел, тот и возбуждает уголовное дело<sup>160</sup>. Законодатель здесь логичен. Логика заключается в том, что органу, наделенному правом сочетания оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных полномочий сподручнее реализовывать результаты поисковых действий самому.

На практике нередко возникает вопрос о разграничении компетенции различных сотрудников органов внутренних дел (да и других правоохранительных органов), в частности, следователей и лиц, производящих дознание (органа дознания), так как первичная информация о преступлениях, подследственных следователям, в большинстве случаев поступает в органы дознания, а следователи порой выявляют преступления, по которым производство предварительного следствия не

<sup>160</sup>В. Н. Григорьев, напротив, полагает, что «в законе не содержится однозначных указаний на то, как должен действовать орган дознания, обнаруживший признаки преступления, по которому обязательно предварительное следствие». Григорьев В.Н. Обнаружение признаков преступления органами внутренних дел. – С. 56.

обязательно. Например, выборочный анализ 75 уголовных дел показал, что в 36,0% случаев преступления были обнаружены органом, которому они не подследственны.

Практика идет по пути «замораживания» полномочий органа дознания по делам, подследственным следователям. Ведомственные нормативные акты МВД РФ требуют, чтобы выезд на место происшествия и возбуждение уголовных дел осуществлялись, как правило, следователем. Естественно, что орган дознания устраняется от выполнения процессуальных полномочий, представленных ст. 119 УПК РСФСР. Такое положение, по мнению ученых и практиков исключает возможность сочетать оперативно-розыскную и процессуальную деятельность, отодвигает время возбуждения дела, нередко ведет к невозможной утрате доказательств<sup>161</sup>.

Исходя из того, что затягивание с возбуждением уголовного дела влечет многочисленные негативные последствия, в юридической литературе предлагалось утвердить (на уровне закона), что решение должен принимать тот орган, у которого находятся материалы, содержащие повод и основания к возбуждению уголовного дела<sup>162</sup>.

Конечно же практическая истина в том, что уголовные дела должны возбуждаться следователями – есть, поскольку впоследствии расследовать дела придется именно следователям. В данном случае следователь будет определять стратегию расследования с первых шагов. Вместе с тем, изучая тексты ведомственных актов, можно прийти к выводу, что привязка следователя к его будущему делу с самого начала обусловлена стремлением избежать последующего прекращения уголовных дел и сложностей расследования (профилактика трудностей).

Вольно или не вольно следователь уже на этапе возбуждения уголовного дела должен просчитывать следственную перспективу. Такова

<sup>161</sup>Комментарий к УПК РСФСР. – М.: «Юрайт», 1999. – С. 221.

<sup>162</sup>Турбин Н. Прокурорский надзор за соблюдением уголовно-процессуальных сроков // Социалистическая законность. – 1984. – № 8. – С. 19-20.

жизнь: первые мысли в «практическую голову», как правило приходят о показателях, затем об установлении истины.

По данным нашего исследования 62,8% следователей готовы возбудить уголовное дело, если относительно его судьбы (направление в судебные органы) имеется положительный прогноз. Как правило, дела возбуждаются следователями после предварительной проверки материалов в рамках ст. 109 УПК.

Тем не менее автор еще раз хочет подчеркнуть, что акт возбуждения уголовного дела, представляя собой серьезную меру реагирования на выявленные нарушение закона, лишь предваряет широкий комплекс уголовно-процессуальных действий, направленных на установление всех обстоятельств выявленного преступления и привлечение виновных к уголовной ответственности. Поэтому можно признать обоснованным мнение о целесообразности поручать возбуждение дела тому органу, в чью компетенцию входит выполнение указанных действий<sup>163</sup>.

Более всего проблем при возбуждении уголовного дела в случае обнаружения признаков преступления оперативными аппаратами возникает тогда, когда эти признаки были отысканы при помощи оперативно-розыскного инструментария. Здесь часто возникает непонимание сторон, обусловленное, кроме всего прочего, и ведомственными интересами (отчетными показателями).

В целях снижения конфликтности при решении вопроса о возбуждении уголовного дела отдельные правоохранительные органы стремятся максимально зарегламентировать взаимоотношения оперативных сотрудников и следователей на уровне ведомственных приказов.

Интересным в этом отношении представляется Приказ МВД РФ № 334 от 20 июня 1996 г. «Об утверждении инструкции по организации взаимодействия подразделений и служб органов внутренних дел в расследовании и раскрытии преступлений».

<sup>163</sup>Григорьев В.Н. Указ. работа. – С.57.

Целый раздел этого документа, именуемый «Взаимодействие следователей с оперативными аппаратами при реализации оперативных материалов доследственной проверки», содержит ряд любопытных для положений. Приведем некоторые из них с необходимыми комментариями и иллюстрациями.

«Оперативный сотрудник, полагая, что в собранных оперативным путем материалах достаточно данных, указывающих на наличие признаков состава преступления (подчеркнуто нами – *Авт.*), по которому предварительное следствие обязательно, докладывает об этом непосредственному начальнику.

Получив согласие на реализацию оперативных материалов заблаговременно предъявляет их (с соблюдением требований конспирации в порядке, предусмотренном Федеральным законом об ОРД) для ознакомления начальнику следственного подразделения и следователю, которые в десятидневный срок, а в неотложных случаях незамедлительно оценивают их с точки зрения достаточности данных для возбуждения уголовного дела.

Критерием оценки готовности оперативных материалов для возбуждения уголовного дела является наличие в них достаточных данных, указывающих на признаки преступления, в том числе время, место и способ совершения, ущерб, конкретные обстоятельства, сведения о лицах, причастных к преступлению».

Как видим, авторы инструктивного документа вкладывают в понятие достаточности данных для возбуждения уголовного дела солидный задел, превышающий аналогичные требования, содержащиеся в УПК. Об этом мы говорили в главе первой.

Кроме того, для оперативных аппаратов, как явствует из Приказа, установлен весьма любопытный ценз для реализации оперативных материалов – «данные, указывающие на признаки *состава* преступления». Налицо отсрочка начала реализации принципа публичности, закрепленного в ст. 3 УПК, в соответствии с которым уполномоченные

органы обязаны возбуждать уголовное дело в каждом случае обнаружения признаков преступления (а не признаков состава преступления).

В 1998 г. в Томске была защищена кандидатская диссертация «Использование оперативно-розыскной информации в уголовно-процессуальном доказывании». Ее автор В.К. Зникин рассуждает о таком принципе реализации данных ОРД, как «переход избыточности оперативной информации в достаточность уголовно-процессуальных доказательств»<sup>164</sup>. Представляется, что в данной Инструкции этот принцип реализуется в полной мере. Вероятно, составители этого документа полагают, что интерпретация оперативным сотрудником собранных им материалов может быть ущербна: чтобы следователь отыскал признаки преступления, опер должен увидеть признаки состава преступления. Однако, если посмотреть внимательно на описанные выше «критерии» оценки оперативной информации (те что предписываются следователю), то можно увидеть, что следственные аппараты желают видеть в оперативных материалах также признаки состава преступления: а) объективной стороны (время, место, способ совершения, ущерб; б) субъекта (сведения о лицах, причастных к преступлению. Причем сведения должны иметь форму «конкретных обстоятельств». Отсюда и заинтересованность в избыточности оперативной информации.

Автор полагает, что «избыточность оперативной информации» вряд ли может быть принципом ее уголовно-процессуальной реализации (в том числе и на стадии возбуждения уголовного дела). Здесь должен действовать другой принцип - необходимости и достаточности. Все это обусловлено объективными свойствами информации. Она, в отличие от вещества и энергии, не обладает свойством, подобным энтропии: «Энергия неизбежно рассеивается в процессе ее использования, вещество при своем разделении дробиться, в то время как информация способна передаваться в идеале без потерь, создавая в данном аспекте огромные возможности»<sup>165</sup>.

<sup>164</sup>Зникин В.С. Указ. диссертация. – Томск, 1998. – С. 115-126

<sup>165</sup>Горелов А.А. Экология. Курс лекций. М.: «Центр», 1998. – С. 131-132.

Таким образом, вряд ли стоит приветствовать идею о расширенном толковании «пределов информационного поиска» для оперативного сотрудника. И оперативный работник и следователь «продукты» единой системы профессиональной подготовки<sup>166</sup>. Они порой сидят за одной партой в вузах системы МВД. Это потом ведомственные (узковедомственные) интересы разводят их в стороны (но не абсолютно).

Что касается требования (для оперативного сотрудника) устанавливать информацию о признаках состава преступления, то следует сказать – анализ уголовно-процессуального законодательства и научных подходов, показывает отсутствие требований о необходимости установления на этапе возбуждения уголовного дела всех признаков состава преступления.

Автор разделяет точку зрения С.В. Бородина, справедливо полагающего, что требование устанавливать все элементы состава на этом этапе является чрезмерным; оно противоречит закону; реализация его на практике привела бы к тому, что число необоснованных отказов в возбуждении уголовного дела намного увеличилось<sup>167</sup>.

Но вернемся к тексту Инструкции. «Если содержащиеся в оперативных материалах данные не позволяют принять решение о возбуждении уголовного дела, начальник следственного подразделения (следователь) возвращает их через начальника горрайлинооргана с письменным изложением обстоятельств, препятствующих возбуждению уголовного дела. и мероприятий, подлежащих выполнению устранения имеющихся пробелов».

Следует заметить, что подобные «возвращения» присущи не только оперативно-следственному взаимодействию в рамках системы МВД. Другие органы предварительного расследования следуют по этому же пути. Свидетельство данного заявления содержится в приводимом

<sup>166</sup>Мы опускаем издержки, которые присущи системе комплектования ОВД.

<sup>167</sup>Бородин С.В. Разрешение вопросов о возбуждении уголовного дела. – М., 1970. – С. 37.

фрагменте ведомственной инструкции по организации деятельности подразделений дознания налоговой полиции.

«Начальник подразделения дознания по указанию начальника территориального органа налоговой полиции и его заместителя, курирующего отдел (отделение) дознания рассматривает материалы, поступившие из оперативных подразделений правоохранительных и налоговых органов, о преступлениях, подследственных федеральным органам налоговой полиции, принимает по ним процессуальные решения в соответствии со ст. 109 УПК РСФСР.

Направляет материалы, не имеющие достаточных данных, указывающих на признаки преступления, и требующие проведения оперативно-розыскных мероприятий, в соответствующее оперативное подразделение налоговой полиции с письменными рекомендациями по организации дополнительной проверки»<sup>168</sup>.

В ходе изучения «профессионального общественного мнения» автор задавал экспертам вопрос: «Не полагаются ли оперативные работники при передаче материалов следователю на него как на контрольно-оценочный орган. Если следователь увидит основания для возбуждения уголовного дела – хорошо, а не увидит, так укажет на недоделки». Для уяснения вопроса автор предлагал аналогию с судебными инстанциями, когда каждая предыдущая инстанция успокаивает себя тем, что ошибки смажет выявит вышестоящий орган.

Большинство экспертов твердо ответили, что таких взаимоотношений между следственным и оперативным аппаратом даже на психологическом уровне нет. Однако были и несколько уклончивые ответы и рассуждения о многоэтапности процесса реализации оперативных материалов («ум хорошо, а два лучше»).

Вместе с тем, возможность передачи материалов для возбуждения уголовного дела по подследственности нередко используется работниками оперативных аппаратов во вред делу, порождает волокиту с принятием

<sup>168</sup>Примерное положение о подразделении дознания федеральных органов налоговой полиции. Приложение № 2 к приказу ФСНП России № 86 от 24 марта 1997 г.

решения. Особенно это, как ни прискорбно, характерно для случаев непосредственного обнаружения признаков преступления, когда нет заявителя, который подталкивал бы должностных лиц, добиваясь скорейшего разрешения своего вопроса. По данным В.Н. Григорьева «при передаче материалов по подследственности после того, как был сделан документально зафиксированный вывод о наличии признаков преступления, 24,5% уголовных дел возбуждалось в срок свыше десяти суток, в том числе 10,2% - больше месяца. Например, в уголовном деле об управлении автомашиной в состоянии опьянения вывод об обнаружения признаков преступления содержался в сопроводительном письме о передаче материалов по подследственности, составленном 20 ноября. Из представленных материалов усматривались признаки преступления, поэтому не требовалась дополнительная проверка. Тем не менее уголовное дело было возбуждено лишь 20 марта следующего года, т. е. спустя четыре месяца»<sup>169</sup>.

В целях устранения подобных случаев из практики реагирования на признаки преступления, следует реализовать целый комплекс мер организационного и правового характера. Одним из обстоятельств, создающих условия для волокиты с возбуждением уголовного дела, является отсутствие законодательной регламентации сроков принятия решения после передачи материалов непосредственного обнаружения признаков преступления. По нашему мнению, они должны исчисляться по аналогии со сроками рассмотрения заявления и сообщения - не более трех суток со дня получения данных материалов, а в исключительных случаях - не более десяти суток.

Иногда на практике трудно проконтролировать своевременность вывода о наличии признаков преступления и принятия решения после передачи материалов, так как вывод и акт передачи не отражаются ни в каких документах. Такое положение также создает условия для волокиты с возбуждением уголовного дела. Для преодоления этой ситуации в науке

<sup>169</sup>Григорьев В.Н. Указ. работа. - С. 58.

уголовного процесса предлагалось «на уровне закона закрепить обязанность должностных лиц фиксировать до передачи материалов непосредственного обнаружения признаков преступления по подследственности вывод об их обнаружении в отдельном документе»<sup>170</sup>. Мысль любопытная, но ее реализация чревата усилением формализма и сковыванием действий сотрудников оперативных аппаратов.

Но возвратимся опять к Инструкции и посмотрим как она определяет действия оперативного работника после реакции на указания следователя.

«Выполнив указания о доработке материалов, оперативный работник при наличии признаков состава преступления, подследственного следователю, направляет их в порядке (указанном выше – *Авт.*), через начальника следственного подразделения, как правило, тому же следователю для принятия решения в соответствии с требованиями УПК за исключением случаев, указанных в п. 4.1.7. настоящей Инструкции.

Решение об отказе в возбуждении уголовного дела по материалу, возвращенному до доработки, орган дознания принимает самостоятельно».

Нам представляется, что в последнем абзаце зашифрована «созерцательная» позиция следователя. Текст о самостоятельности принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела оперативным аппаратом можно при желании истолковать так – добудете больше информации о криминале (до видимости приговора) – хорошо; а если утомитесь и удовлетворитесь отказом в возбуждении уголовного дела, то следователя это тоже устроит. Действие принципа публичности, которое должно приводить следователя в возбужденное состояние от одного намека на признаки преступления, в данном случае успешно преодолевается. Это понятно – следователь без работы не останется. Предложений (поводов) масса. При их изобилии можно изощренно выбирать удобные. Представляется, что здесь мы наблюдаем межведомственный «отбор заявок на обслуживание».

<sup>170</sup>Там же. – С. 68.

Хорошо хоть, что Инструкция не запрещает возбуждать уголовные дела, подследственные подразделениям дознания. «В тех случаях, когда в ходе дополнительной проверки выясняется, что не требуется обязательного производства предварительного следствия, орган дознания возбуждает уголовное дело и проводит дознание в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом (п. 1.4.5.)».

Здесь сказывается положительный момент в процессуальном единоначалии в милиции. Автор в целом поддерживает идею о разделении милиции на два органа дознания (начальники криминальной милиции и милиции общественной безопасности). Однако следует иметь в виду, что подобная специализация может привести к еще одному ведомственному барьеру – между оперативными сотрудниками и дознавателями, поскольку последние также искушены «следственной перспективой».

Думается, что при разделении (на законодательном уровне) криминальной милиции и милиции общественной безопасности, как самостоятельных органов дознания, следует сохранить за начальником органа внутренних дел право разрешения процедурных вопросов, связанных с разрешением конфликтов первоначального этапа судопроизводства. Именно такую роль он играет в случае если между органами следствия и розыска и со второй попытки не возникает взаимопонимания.

«При несогласии с выводами начальника следственного подразделения (следователя) руководитель органа внутренних дел направляет все материалы со своими письменными возражениями вышестоящему руководителю следственного подразделения, который в 10-дневный срок, а при необходимости незамедлительно принимает решение по существу (п.1.4.6. Инструкции).

Не собираясь «клеить позором» ведомственную интерпретацию положений УПК, автор тем не менее, считает целесообразным обратить внимание на некоторые, по его мнению, небесспорные положения Приказа.

Из приводимого выше текста можно заключить, что реализация оперативных материалов протекает по следующей технологической цепочке: оперативный сотрудник – начальник оперативного подразделения – начальник следственного подразделения (следователь). Последний фигурант определяет пригодность материалов для возбуждения уголовного дела.

Следователь здесь представляет собой как бы «истину промежуточной инстанции». Если представленная документация, по его мнению, не выдерживает проверки на процессуальную пригодность и «содержащиеся в оперативных материалах данные не позволяют принять решение о возбуждении уголовного дела, начальник следственного подразделения (следователь) возвращает их через начальника органа (ГОВД, РОВД, ЛОВД и т.п. – *Авт.*) с письменным изложением обстоятельств, препятствующих возбуждению уголовного дела, и мероприятий, подлежащих выполнению для устранения пробелов».

Получается достаточно странная картина, когда начальник ОВД (по сути начальник органа дознания) ставится в известность о возникшем у его подчиненных желании реализовать оперативные материалы только в случае их невысокого качества. Причем оповещается он, судя по тексту Приказа, следователем, а не оперативным сотрудником. Лишь после этого начинает вникать «в суть да дело», и «при несогласии с выводами начальника следственного подразделения (следователя) руководитель ОВД направляет все материалы со своими письменными возражениями вышестоящему руководителю следственного подразделения, который в десятидневный срок, а при необходимости незамедлительно принимает решение по существу».

Не стоит, однако, полагать, что ведомственные акты напрочь отстраняют орган дознания от самостоятельного принятия решения о возбуждении уголовного дела. «Уголовные дела о преступлениях, по которым обязательно производство предварительного следствия, оперативные работники (подчеркнуто нами – *Авт.*) возбуждают уголовные

дела и проводят по ним неотложные следственные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом, когда необходимо пресечь преступление, либо когда следователь не может немедленно приступить к расследованию, а промедление в реагировании на сообщение о подготавливаемом или совершенном преступлении может привести к утрате возможности задержания виновных с поличным, получения важных доказательств и обеспечения полного возмещения материального ущерба. В этих случаях орган дознания несет ответственность за обоснованность принятых им решений (п.4.1.7. Инструкции).».

Изложенное также дает основания для придинок. Ведь уголовное дело уполномочен возбуждать только орган дознания. Однако мы полагаем, что здесь ошибка терминологии, но не сути. Речь видимо идет о субъекте, заполняющем бланк процессуального документа. Когда же речь заходит о последствиях «процессуальной реакции», то здесь Приказ однозначно указывает, что «орган дознания несет ответственность за обоснованность принятых им решений и объективность собранных доказательств».

Если внимательно присмотреться к тексту Инструкции, то можно обнаружить, что она пронизана духом должностной ответственности. Естественно, что за необоснованное возбуждение уголовного дела нужно строго взыскивать с лиц, злоупотребивших властью. Но с другой стороны, необходимо шире развивать в отношении сотрудников милиции и других выявителей преступлений идею профессионального риска. Возможность предотвращения криминального вреда должна вытеснять боязнь дисциплинарной ответственности. Практика знает немало примеров, когда милицейские рассуждения об ответственности за несанкционированное проникновение в жилище, имевшие место перед закрытыми дверями, за которыми творилось злодейство, заканчивались плачевно для жертвы.

Ответственность возведена в ранг принципа. П. 1.3. Инструкции относит к основным принципам взаимодействия: «персональную ответственность следователя, руководителей оперативных подразделений

и милиции общественной безопасности за проведение и результаты следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий».

Отрадно, что этот принцип уравнивается началом «самостоятельности сотрудников оперативных подразделений в выборе средств и методов оперативно-розыскной деятельности в рамках действующего законодательства».

Представляется, что оперативных сотрудников уже в годы профессиональной подготовки (в вузах МВД и других ведомств) необходимо психологически готовить к ответственности. И здесь на ум приходят репортажи, порожденные Балканским кризисом. Солдат немецкой армии психологически готовят к смерти и возможным ранениям, а также учат правильно заполнять завещания.

Думается, что из оперативных сотрудников нужно изживать «дух саперов». Оперативный работник должен иметь право на ошибку. Может иметь это право и следователь. Если ошибаться эти субъекты будут в рамках закона, то ничего смертельного не произойдет.

Возвращаясь к анализу Инструкции следует признать правильной единообразную практику, стоящую на позиции допустимости (и даже чуть ли не обязательности) ознакомления следователей с материалами оперативной деятельности на этапе, предшествующем возбуждению уголовного дела.

Вместе с тем, подобный подход в науке обычно находит больше противников, чем последователей. Аргументация «оппозиции» подобного подхода базируется на утверждении, что под воздействием оперативной информации страдает объективность следователя, поскольку его внутреннее убеждение может сформироваться не на основе доказательств, а с помощью непроцессуальных данных; ознакомление с оперативными материалами есть недопустимая попытка объединить в одном лице оперативно-розыскные и процессуальные функции<sup>171</sup>.

<sup>171</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1973. – С. 26.

«Популяризация» этого положения нередко приводит и к более консервативным утверждениям – о недопустимости совмещения этих функций даже лицом, производящем дознание<sup>172</sup>.

Автор полагает, что прошла пора споров по поводу «предубежденности» следователя или дознавателя. Убежденность этих лиц обязательно должна иметь место при расследовании и базироваться не только на процессуальной, но и не процессуальной основе. Это, однако, вовсе не должно означать, что может игнорироваться подкрепление убежденности доказательствами. Ведь следователь доказывает виновность (либо ее отсутствие) не себе, а прежде всего лицу, занимающему определенный процессуальный статус (обвиняемому). Будучи убежденным сам, он будет активнее в отыскании допустимых аргументов и искуснее при их использовании в возникшем «правовом споре».

Другое дело, что подобная убежденность должна базироваться не на голом авторитете оперативного аппарата, а на добротной задокументированных результатах его деятельности.

### **Очерк 3. НАЧАЛА ТЕОРИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Проблеме уголовно-процессуального использования результатов ОРД нижегородская школа процессуалистов уделяет пристальное внимание<sup>173</sup>. В рамках общей теории эффективного уголовного процесса в

<sup>172</sup>Милиция как орган дознания. – Киев, 1989. – С. 15.

<sup>173</sup>См.: Попов Н.М. Оперативное обеспечение досудебной подготовки в уголовном судопроизводстве России. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 1997; Попов А.П. Непосредственное обнаружение признаков преступления как повод к возбуждению уголовного дела. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 1999. Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. – Пятигорск: изд. ПГЛУ, – 1998.

последние годы постепенно начинает складываться самостоятельное научное направление – *теория уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД*.

Словесная формула «уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД» была предложена проф. В.Т. Томиным (1996г.) для обозначения *процесса истолкования полученных оперативно-розыскным путем результатов как в отношении их содержания, так и формы, с позиций целесообразности и возможности использования их при производстве по уголовному делу* и первоначально имела преимущественно практическую направленность.

Для автора настоящей главы ключевой термин «интерпретация», в общем то привычный для тех, кто оперирует языком науки, впоследствии стал катализатором<sup>174</sup> для теоретического осмысления проблемы взаимодействия оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности<sup>175</sup>. В настоящее время предпринимаются попытки разработки понятий, составляющих ядро теории уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД. Исследователи находятся в начале пути. Поэтому говорить о формировании стройной теории, объясняющей истинную природу оперативно-розыскной информации и ее уголовно-процессуального использования, пока рано. Однако настойчивое продвижение к сути проблемы уже приносит определенные результаты, позволяющие говорить о том, что претензии на новую теорию имеют под

<sup>174</sup>История помнит немало примеров обратного воздействия терминов. Есть мнение, что научная мысль долго не могла проникнуть в глубь атома, потому что слово «атом» буквально толкуется как – неделимый (греч.).

<sup>175</sup>См.: Поляков М.П. О понятии уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности // Профессионал. – 1998. – № 5-6. – С. 30-33; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности как теоретическая проблема // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. Сб. научн. статей. Яросл. гос. ун-т. – Ярославль, 1999. – С. 131-140; Поляков М.П. Основы уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности. Учебное пособие. – Н.Новгород, 2000 и др.

собой основания. Вместе с тем, до окончательного оформления теории уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД пока еще далеко. В связи с этим, в настоящей работе мы полагаем возможным говорить лишь о началах теории.

В контексте настоящего раздела слово «теория» используется нами в двух значениях: как а) обобщение накопленного знания о проблеме и путях ее разрешения и б) система основных идей, средство объяснения этого явления в ключе его истинной природы и дальнейшего развития<sup>176</sup>. Этот подход проявляет себя в структуре раздела. Разговор об уголовно-процессуальном использовании результатов ОРД начинается с теоретико-правового очерка. Мы не ставили себе задачу на максимальный хронологический и персональный охват проблемы. Наша задача заключалась в том, чтобы, с одной стороны, показать, что раздумья по анализируемому поводу начались в науке задолго до принятия законов об ОРД, а с другой, подчеркнуть, что научная мысль в этом секторе больше «ходит по кругу», чем рвется вперед.

Второй и третий параграфы представляют собой вести из научной лаборатории нижегородской школы процессуалистов. Здесь представлены методологические предпосылки формирующейся теории уголовно-процессуальной интерпретации ОРД и результаты разработки ее основных понятий. Некоторые понятия, предложенные на суд читателей, условно можно назвать «опытными образцами».

### 3.1. Эволюция теоретико-правовых представлений об использовании результатов ОРД в уголовном процессе

В практическом плане проблема уголовно-процессуального использования результатов оперативно-розыскной деятельности такая же

<sup>176</sup>Философский энциклопедический словарь. М: ИНФРА-М, 1997. – С. 452; Словарь иностранных слов и выражений. – М.: Олимп, 1997. – С. 471.

древняя, как сыск и судопроизводство<sup>177</sup>. Однако представителей отечественной юридической науки она предметно заинтересовала лишь в середине XX века. Катализатором научной активности выступил термин «оперативно-розыскные меры», проникший в уголовно-процессуальное законодательство 25 декабря 1958 г. – в день принятия Верховным Советом СССР Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик (далее – Основ)<sup>178</sup>. Статья 29 Основ возложила на органы дознания «принятие необходимых оперативно-розыскных мер в целях обнаружения признаков преступления и лиц, их совершивших». Данное положение впоследствии было дословно воспроизведено в ч. 1 ст. 118 УПК РСФСР и в соответствующих статьях УПК других союзных республик убиенного СССР.

Указание на оперативно-розыскные меры было законодательной новеллой: Основы 1924 г. такого упоминания не содержали; не было их и в УПК союзных республик. Правда, в ст. 93 УПК РСФСР 1923 г. имелось упоминание о негласных проверках органами дознания анонимных заявлений, после чего они могли служить поводом к возбуждению уголовного преследования. Однако это был лишь частный случай законодательного дозволения оперативно-розыскных мер, к тому же проведение их допускалось не в процессе расследования, а в период, предшествующий возбуждению уголовного дела<sup>179</sup>.

Законодательному разрешению использования оперативно-розыскных мер органом дознания предшествовала обширная научная дискуссия о формах предварительного расследования. Сторонники сохранения дознания, предваряющего следствие, делали упор на его оперативно-розыскную природу. Возможность использования органами

<sup>177</sup>По мнению профессора Р.С. Белкина, розыскная, сыскная деятельность сопутствует правосудию на всем протяжении его истории. См.: Белкин Р.С. Курс криминалистики в 3 т. Т. 1. – М., 1997. – С. 184-185.

<sup>178</sup>Ведомости Верховного Совета СССР. – 1959. – № 1. – Ст. 15.

<sup>179</sup>Крылов И.Ф., Бастрыкин А.И. Розыск, дознание, следствие. – Л., 1984. – С. 107.

дознания не процессуальных приемов рассматривалась в качестве основного аргумента в пользу дознания. «Нельзя отрицать, – писал профессор М. А. Чельцов, – что собирание первичных материалов по делу и активный розыск преступника производятся в иных условиях и требуют иных приемов и форм, чем всестороннее изучение всех обстоятельств, от которых зависит решение вопросов о правовой оценке преступления и о виновности в нем того или иного гражданина. Первое относится к задачам дознания, второе является задачей предварительного следствия»<sup>180</sup>.

Сходную позицию отстаивал и Д.С. Карев, полагая, что по целому ряду дел (кража, разбой, бандитизм и т.д.) раскрытие преступлений, розыск и задержание преступников могут быть успешно осуществлены оперативно-розыскной деятельностью органов милиции; первичные следственные действия по обнаружению следов преступления и преступника легче провести этим органам<sup>181</sup>.

Закрепление в законе возможности применения органами дознания оперативно-розыскных мер поставило вопрос о процессуальной природе последних. Мнения по этому вопросу разделились.

Позиция ученых, включающих оперативно-розыскные меры в содержание дознания, обосновывалась тем, что принятие указанных мер закреплено в уголовно-процессуальном законе<sup>182</sup>. Подобная позиция автоматически снимала вопрос о специфике использования оперативных данных, поскольку оперативно-розыскные действия отождествлялись с уголовно-процессуальными.

<sup>180</sup>Чельцов М.А. Уголовный процесс. – М., 1948. – С. 364.

<sup>181</sup>Социалистическая законность. – 1954. – № 2. – С. 35.

<sup>182</sup>Коврига З.Ф. Дознание в органах милиции. – Воронеж, 1964. – С. 7; Советский уголовный процесс / Под ред. Д.С.Карева. – М., 1968. – С.201; Ломовский В.Д. О понятии дознания и полномочиях органов дознания по уголовным делам им не подследственным // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. Вып.3. – Калининград, 1974. – С. 85-87; Абдумажидов Г. Расследование преступлений. – Ташкент, 1986. – С. 70; Уголовный процесс РСФСР / Под ред. В.Е. Чугунова и Л.Д. Кокорева. – Воронеж, 1968. – С.179 и др.

Последователей и приведенного подход оказалось намного меньше, чем противников. Последние убедительно доказали, что чрезмерно широкая трактовка дознания основана на неверных посылах. Уголовно-процессуальный закон, упоминая оперативно-розыскные меры, лишь предусматривает их допустимость, необходимость и цель применения. Однако правовая регламентация указанных мероприятий в УПК отсутствует, что указывает на их не процессуальный характер<sup>183</sup>. От того, что оперативно-розыскные меры осуществляются одним и тем же субъектом – органом дознания, они не становятся составной частью дознания<sup>184</sup>. Для таких органов характерно, что их деятельность не исчерпывается производством дознания (расследования), они выполняют и другие функции. Специфической деятельностью органа дознания является оперативно-розыскная деятельность. Существенная особенность оперативно-розыскных мер заключается в том, что они не обладают свойствами уголовно-процессуальных актов и поэтому не облакаются в процессуальные формы<sup>185</sup>. В связи с этим, фактические данные, полученные в результате применения средств ОРД, не являются доказательствами по уголовным делам, поскольку они получены не в том порядке, который установлен уголовно-процессуальным законом<sup>186</sup>. В качестве аргумента непроцессуальности оперативно-розыскных действий называлась также возможность проведения их до возбуждения уголовного дела<sup>187</sup>.

<sup>183</sup>Милиция как орган дознания: Учебное пособие. – Киев, 1989. – С.14.

<sup>184</sup>Гуткин И.М. Некоторые вопросы теории и практики применения законодательства об органах дознания // Формы досудебного производства и их совершенствование. – Волгоград, 1989. – С. 78.

<sup>185</sup>Белкин Р.С. Собираение, исследование и оценка доказательств. – М., 1966. – С. 39; Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 2. – М., 1970. – С.29.

<sup>186</sup>Милиция как орган дознания. – С. 13.

<sup>187</sup>Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. – М., 1996. – С. 70.

Вместе с тем, теоретическое разграничение оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных мер не означало их практической разобщенности. Попытки привнести в практическое содержание дознания «оперативно-розыскной дух» приветствовались большинством ученых процессуалистов<sup>188</sup>. Положения ст. 118 УПК о возложении на органы дознания принятия необходимых оперативно-розыскных большинством ученых рассматривалось как «директивное» указание на необходимость сближения процессуальных и непроцессуальных методов<sup>189</sup>. Взаимозависимость этих методов афористично определил проф. В.Т. Томин – *«уголовный процесс без ОРД в большинстве случаев производства по серьёзным делам бессилён, оперативно-розыскная деятельность без выхода через уголовный процесс – бесплодна»*<sup>190</sup>.

Проблема использования результатов ОРД заботила не только приверженцев уголовно-процессуальной науки. С принятием Основ заметно оживились оперативно-ориентированные размышления в других научных отраслях, особенно в криминалистике. Законодательное упоминание оперативно-розыскных мер значительно укрепило позиции ОРД как инструмента антикриминальной практики и активизировало разработку теоретических основ этой деятельности. В конце 50-х появляется специальная учебная дисциплина, предметом которой выступает оперативная работа органов внутренних дел<sup>191</sup>.

<sup>188</sup>См: например: Абдумажидов Г. Указ. работа. . – С. 70; Уголовный процесс РСФСР / Под ред. В.Е. Чугунова и Л.Д. Кокорева. – С.179 и др.

<sup>189</sup>Вряд ли можно согласиться с современными суждениями о том, что «в настоящее время упоминание в УПК об оперативно-розыскных мерах как элементе процессуальной компетенции органов дознания стало анахронизмом». См.: Чувилев А.А. Оперативно-розыскное право. – М., 1999. – С. 6.

<sup>190</sup>Д.И. Бедняков определил эту взаимозависимость шире: «Процессуальная деятельность без применения непроцессуальных методов была бы невозможной, а непроцессуальная деятельность без последующего использования её результатов — бесцельной». См.: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М., 1991. – С. 80.

<sup>191</sup>Подробнее по этому поводу см.: Белкин Р.С. Указ. соч. С. 195-205; Белкин А.Р. Теория доказывания. – М., 1999. – С. 85-95.

«Теоретизация» ОРД столкнулась с рядом трудностей, обусловленных информационной закрытостью этой деятельности. Представители новой научной отрасли<sup>192</sup> в строжайшем секрете (и не только от преступников, но и от своих коллег) добывали и обобщали знания об особенностях оперативной работы. Многие достижения, равно как и имена их авторов<sup>193</sup>, долго оставались неизвестными широкому кругу «не допущенной»<sup>194</sup> научной общественности. Закрытость большей части информации значительно затрудняло коммуникацию науки ОРД со смежными отраслями знаний и, как следствие, вызывала настороженное отношение к проблематике ОРД со стороны представителей несекретных юридических наук.

Подобная настороженность привела к тому, что теоретическая разработка проблемы в науке уголовного процесса многие годы носила фрагментарный характер. Теоретики уголовного судопроизводства, особенно представители «штатской» науки, не сильно жаловали проблемы уголовно-процессуального использования результатов ОРД<sup>195</sup>. О полезности этой деятельности вспоминали, как правило, в рамках вопросов, связанных с возбуждением уголовного дела и добыванием

<sup>192</sup>В вузах системы МВД РФ их называют «оэрдэшниками».

<sup>193</sup>Имена основных первопроходцев названы в несекретной монографии А.Г. Маркушина «Оперативно-розыскная деятельность – необходимость и законность». – Н. Новгород, 1997. – С. 191. С. 8-10; См. также: Оперативно-розыскная деятельность в России: Библиографический справочник (1988-1997). Персоналии / Авт. сост. докт. юрид. наук А.Ю. Шумилов. – М., 1998. – С. 284-298.

<sup>194</sup>Для работы с секретной литературой, как известно, необходим соответствующий допуск.

<sup>195</sup>Р.С. Белкин полагает, что игнорирование теории ОРД не чуждо и ученым, работающим в учебных заведениях системы МВД. См. Белкин Р.С. Указ. работа. – С. 204. В ВУЗе, который закончил автор (тогда Горьковская высшая школа МВД СССР), проблема легализации данных, добытых оперативным путем, всегда была в центре внимания процессуалистов. Правда, плоды этого внимания в большинстве случаев засекречивались, что лишает нас возможности привнести здесь библиографическое описание многих из их работ.

доказательственной информации на стадии предварительного расследования<sup>196</sup>.

Теоретиками доказательств была провозглашена формула, согласно которой для познания события преступления вполне достаточно уголовно-процессуальных средств. «Нет никаких оснований, – читаем мы в «канонической» монографии «Теория доказательств в советском уголовном процессе», – усматривать препятствия **гносеологического** (здесь и ниже выделено нами – Авт.) порядка на пути достижения истины в уголовном судопроизводстве... Те трудности, которые встают при предварительном расследовании и рассмотрении дела в суде, относятся к трудностям **практического свойства**, и их преодоление зависит от следователей и судей, от их опыта, умения организации работы и др. ... **Ссылки на ограниченность сроков производства, круга видов доказательств и т.п. не опровергают этот тезис...** Сроки и средства доказывания соотнесены с задачами уголовного процесса»<sup>197</sup>.

В доказательственном праве было сформулировано и другое правило: «оперативная информация, как и другие фактические данные, не имеющие процессуальной формы, необходимо присущей доказательствам определенного вида, не может заменить доказательственную информацию»<sup>198</sup>.

Вместе с тем, теоретики доказательств никогда не отрицали возможность применения результатов ОРД в подсобном качестве. Оперативные сведения подразделялись, исходя из процессуальной полезности, на две группы. В первую группу включались сведения, непосредственно указывающие на фактические данные, которые будучи затем собраны и закреплены процессуальными средствами, могли служить

<sup>196</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. – М., 1966. – С. 272-273; Стецовский Ю.И. Если человек обвинен в преступлении. – М., 1989. – С. 14.

<sup>197</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1973. – С. 47.

<sup>198</sup>Там же. – С. 233.

доказательствами по делу. В этом случае оперативно-розыскные мероприятия рассматривались как средство, облегчающее отыскание доказательств.

Во вторую группу входили сведения, хотя и не содержащие указаний на конкретные доказательства и пути их отыскания, но освещающие событие преступления и отдельные обстоятельства, ограничивающие круг подозреваемых. Эти данные предлагалось использовать для правильной ориентировки в расследуемом событии, построения версий, определения направления расследования и розыска виновных, для выбора тактических приемов и средств<sup>199</sup>.

Некоторые рассматривали средства ОРД в качестве составной части первоначального этапа доказывания, связанного с обнаружением доказательств материального характера<sup>200</sup>. «Если рассматривать оперативно-розыскные меры как средство обнаружения объектов – возможных «хранилищ» доказательственной информации, – писали Р.С. Белкин и А.И. Винберг, – тогда не вызовет трудностей и решение вопроса о форме сообщения следователю установленных оперативно-розыскным путем данных, ибо форма передачи информации об этих объектах никакого значения для дела сама по себе не имеет»<sup>201</sup>.

Активизация научного интереса к доказательственной ценности результатов ОРД была вызвана законом СССР от 12 июня 1990 г., внесшим изменения в ст. 29 Основ. Новая редакция возлагала на органы дознания «принятие необходимых оперативно-розыскных мер, в том числе с использованием видеозаписи, кинофотосъемки и звукозаписи, в целях обнаружения преступления и лиц, его совершивших, выявления фактических данных, которые могут быть использованы в качестве

<sup>199</sup>Там же. – С. 528-529.

<sup>200</sup>Винберг А., Кочаров Г., Миньковский Г. Актуальные вопросы теории судебных доказательств // Соц. законность. – 1963. – № 3; Робозеров А.Ф. Оперативно-розыскные меры в системе судебного доказывания // Правоведение. – 1978. – № 6. – С. 106-108.

<sup>201</sup>Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. – М., 1969 – С. 181-182.

доказательств по уголовному делу после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством».

Самой заметной несекретной работой этого периода, на наш взгляд, можно назвать монографию Д.И. Беднякова «Непроцессуальная информация и расследование преступлений»<sup>202</sup>. Центральная глава книги была посвящена использованию оперативно-розыскной информации на досудебных стадиях уголовного процесса, где автор книги среди прочих идей выделил мысль о том, что разработкой приемов использования результатов ОРД в доказывании должна заниматься уголовно-процессуальная наука.

В доказательственном аспекте результаты ОРД, по мнению Д. И. Беднякова, предлагалось использовать по трем основным направлениям: а) для установления лиц, могущих быть свидетелями по уголовному делу; б) для выявления предметов, могущих быть источниками доказательств; в) для фиксации действий преступников. Кроме того, указывалось, что информация, полученная оперативно-розыскным путем, может применяться для принятия некоторых процессуальных решений, не подлежащих обоснованию доказательствами, а также при выборе тактики проведения следственных действий и в качестве вещественных доказательств и документов. Способами вовлечения данных ОРД в уголовный процесс назывались – общественное документирование, тактическая операция, рапорт оперативного сотрудника<sup>203</sup>.

Общественное документирование, по мнению Д.И. Беднякова, сводится к тому, что при получении предметов и документов в ходе ОРД принимают участие незаинтересованные лица (представители общественности, администрации, граждане и др.). По его результатам оперативный работник составляет разного рода акты (акты наблюдений за

<sup>202</sup>Автор отдает себе отчет в том, что немалый вклад в осмысление проблемы сделан и учеными, вынужденными засекречивать свои работы.

<sup>203</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа.– С. 83-85, 110.

действиями лиц, замышляющих совершение преступления, акты пометок денег, документов, материалов, акты контрольных закупок, отбора образцов без их объявления, акты применения фотосъемки, видеозаписи и т. и.). Основная и единственная цель принимаемых в этом случае мер – проверять заявления или сообщения о подготавливаемых преступлениях. Уголовно-процессуальными основаниями для такой деятельности органов дознания являются требования ст. 3, 108, 109, 118, 119 УПК РСФСР.

Представляется, что в основу общественного документирования была положена небезызвестная презумпция недоверия оперативному работнику. Общественное документирование создавало иллюзию представления в уголовный процесс «безобидных» документов, авторами которых являлись «бдительные» общественники. Таким образом, этот способ имел не процедурный, а тактический характер, суть которого заключалась в замене тайного источника информации на открытый (народный).

Тактическая операция рекомендовалась для случаев, когда местонахождение интересующих следствие вещественных объектов уже установлено оперативным работником, а следователю еще предстоит тактически и процессуально грамотно обнаружить и изъять искомое.

Самым универсальным средством придания оперативно-розыскной информации процессуальной формы назывался – рапорт. К нему рекомендовалось прибегать при невозможности применить два предыдущих способа. В рапорте оперативного работника, полагает Д.И. Бедняков, достаточно указать на сам факт получения предметов и документов в соответствии с требованиями ст. 118 УПК, не раскрывая при этом способов, порядка и условий их получения<sup>204</sup>.

Сходную позицию до этого высказывал В.Ф. Робозеров. По его мнению, справки оперативного аппарата милиции о результатах

<sup>204</sup>Там же. – С. 110, 116, 117..

выполнения поручений и указаний следователя могли представляться без ссылки на конкретные источники их получения<sup>205</sup>.

Указанных способов, несомненно полезных в тактическом плане, на наш взгляд, было явно не достаточно для разработки законодательной процедуры уголовно-процессуального использования результатов ОРД.

Значительное место Д.И. Бедняков уделил вопросам, касающимся оперативно-розыскных оснований процессуальных решений. Отталкиваясь от теоретико-правовой установки, согласно которой не всякое решение в УСП должно опираться на совокупность доказательств<sup>206</sup>, Д.И. Бедняков сделал вывод, что отдельные решения могут основываться на базе оперативно-розыскной информации, в том числе, и решения о производстве следственных действий.

Указанный подход имел достаточно много последователей. Почти единодушно признавалось, что оперативно-розыскная информация может лежать в основе принятия решения о производстве обыска<sup>207</sup>. Правда, сам Д.И. Бедняков оговаривался о том, что данных ОРД, как оснований для проведения этого следственного действия вполне достаточно, если речь идет о вторжении в права обвиняемого и подозреваемого. Относительно же потерпевшего и свидетеля эти основания должны базироваться на доказательствах<sup>208</sup>.

Подобный подход нам представляется не совсем оправданным. Во всяком случае, его не стоит рассматривать как правило без исключений. Впрочем, Д.И. Бедняков и сам признает это, указывая, что «... в случаях, не терпящих отлагательства, следователь, располагая достоверными оперативными данными, не обращаясь за санкцией к прокурору, может

<sup>205</sup>Робозеров В.Ф. Указ. работа. – С. 108.

<sup>206</sup>См. например Осин В.В. Ошибки при оценке доказательств // Проблемы надежности доказывания в советском уголовном процессе. – М. 1984. – С. 62-64.

<sup>207</sup>См. например: Лившиц Ю.Д., Рзаев А.А. и др. Дознание в органах внутренних дел Казахской ССР.– Караганда, 1990. – С.49.

<sup>208</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа. – С. 104, 105.

принять решение о производстве обыска у свидетеля (потерпевшего) на основании одних только оперативных данных»<sup>209</sup>.

Юридическая наука уделяла внимание и проблемам использования данных ОРД для принятия решения о возбуждении уголовного дела. Этот вопрос поднимался, в частности, применительно к возбуждению уголовных дел о тщательно скрываемых преступлениях при обнаружении их оперативными аппаратами<sup>210</sup>.

Исследуя научное творчество периода, предшествующего появлению законов об ОРД, мы натолкнулись на ряд работ, в которых содержится призыв к пересмотру отдельных теоретико-практических установок, препятствующих эффективному использованию в уголовном процессе информации, добытой оперативно-розыскным путем.

«В сегодняшней практике доказывания по уголовным делам, – писал проф. В.Т. Томин, – господствует, если так можно выразиться, генезисный подход: условием допустимости источника доказательств стало прослеживание его пути – от возникновения до появления в уголовном деле... Такой подход останавливает на входе в уголовное дело ряд объектов, которые могли бы стать весьма информативными источниками доказательств.

Нельзя сказать, чтобы такой образ действий предписывался уголовно-процессуальным законом. Еще меньше исключительность генезисного подхода имеет гносеологических основ. С гносеологических

<sup>209</sup>Там же. – С. 105.

<sup>210</sup>См.: Черемнов А.П. К вопросу о возбуждении уголовного дела по материалам аппаратов БХСС // Пути совершенствования деятельности следственных аппаратов органов внутренних дел. – Ташкент, 1987. – С. 53-58; Величкин С.А. Повышение эффективности организации сочетания следственных и оперативно-розыскных действий – путь к совершенствованию расследования хищений // Повышение эффективности борьбы с хищениями социалистического имущества и должностными преступлениями. – Краснодар, 1987. – С. 153-158; Гаврилов А.К., Томин В.Т. Предварительное расследование дел по линии БХСС: проблемная ситуация и возможные пути ее разрешения // Обеспечение охраны социалистической собственности в современных условиях. – Горький, 1986. – С. 80-91 и др.

позиций не менее надежно обеспечивает истинность познания доказывание тождества, на чем и построены по существу все идентификационные экспертизы. Между тем сложившиеся стереотипы в доказывании таковы, что требуют в любом случае, в том числе и в случае доказанного тождества, проследить генезис объекта.

Перед уголовно-процессуальной и криминалистической науками, представляется, стоит важная задача показать, что доказывание через тождество способно заменить доказывание через генезис»<sup>211</sup>.

Мы намеренно не стали сокращать цитату, поскольку в ней, на наш взгляд, содержится несколько программных моментов. Момент первый – уголовно-процессуальный закон порой надуманно рассматривают, как препятствие для решительных действий. Второй – науке необходимо ревизовать привычные подходы к постановке и разрешению проблем.

В этой связи хочется сделать короткое отступление по поводу свободной оценки доказательств. Думается, что совершенствование этого плода совокупных многовековых усилий теоретиков и практиков должно быть продолжено; и продолжено в направлении усиления свободы, поскольку современная свободная оценка доказательств на поверку оказывается не такой уж свободной.

При достаточном внимании в теории и практике уголовного судопроизводства сегодня можно разглядеть *неоформальный* подход к оценке отдельных видов процессуально полезной информации. Примером такового, по нашему мнению, может служить априорное игнорирование оперативно-розыскной информации секретной природы, ввиду того, что следователь и судья не могут лично заглянуть в глаза первоисточнику.

Современные реалии таковы, что раскрытие некоторых преступлений и изобличение преступников возможно только при участии

<sup>211</sup>Томин В.Т. Острые углы доктринального обеспечения радикальной реформы уголовного судопроизводства // Цель и средства в уголовном процессе. – Н. Новгород, 1991. – С. 9.

«конфиденциальных свидетелей». По таким делам зачастую и «легальных» свидетелей приходится засекречивать<sup>212</sup>.

К концептуальным сторонникам идеи доказывания через тождество можно причислить Б.Т. Безлепкина. Он также полагает, что существуют «такие ситуации, когда для оценки доказательственного значения, относимости и достоверности информации, которую несет определенный предмет и документ, вопрос о том, кем, когда, где и при каких обстоятельствах он добыт, безотносителен, лишен смысла и поэтому выходит за рамки необходимости как следственного, так и судебного исследования... Муссировать их в уголовном процессе... можно разве из любопытства». Подтверждение достоверности фотоизображения должно касаться только фотоизображения (не фотомонтаж ли), а не обстоятельств фотографирования<sup>213</sup>.

Указанная позиция подверглась обстоятельной критике. С.А. Шейфер, убежденный что ситуации, когда источник может быть обезличен, не возможны в принципе, заявил, что приведенная Б.Т. Безлепкиным ситуация «не оправдывает отступлений от требований известности происхождения информации. Ведь даже если исключить возможность фотомонтажа, останутся сомнения: когда производилась съемка (не было ли это до или после события), не зафиксирован ли на снимке случайно совпадающий с событием момент либо инсценировка и т.п. Чтобы убедиться, что фонограмма, видеозапись, фото или киносъемка действительно отражают исследуемое событие, надо «совместить» изображение по месту и времени с самим событием, то есть знать, где и когда произведена видеозапись. А для этого, принимая от оперативного

<sup>212</sup>По этому поводу см.: Щерба С.П., Зайцев О.А. Охрана прав потерпевших и свидетелей по уголовным делам. – М.: Спарк, 1996; Брусницин Л.В. Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию. – М.: Спарк, 1999.

<sup>213</sup>Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. – 1991. – № 8. – С. 105.

работника материалы, содержащие обстоятельства, при которых была получена информация, а также отразить их со слов оперативного работника в протоколе представления доказательств. И делать это он должен отнюдь не из любопытства: в последующем лицо, производящее звуко-видеозапись, фото- или киносъемку, должно быть допрошено в качестве свидетеля. В противном случае, полученный материал не будет обладать свойством допустимости, поскольку происхождение его останется неизвестным»<sup>214</sup>.

К сторонникам доказывания через тождество в определенном смысле можно отнести и Д.И. Беднякова, полагающего, что «критерием допустимости предметов и документов, полученных вне уголовного процесса (в том числе и в ходе ОРД), представленных следователю и принятых им в соответствии с правилами ст. 70. ч. 2 УПК, является не допрос лиц, представивших вещественные объекты, а проверяемость представленного с помощью других процессуальных действий»<sup>215</sup>.

Говоря о проверяемости с помощью других процессуальных действий необходимо, по нашему мнению, иметь ввиду не исключение возможности допроса, а устранение приоритетности этого следственного действия перед всеми остальными.

Естественно, что деление ученых на сторонников «генезисного» и «тождественного» подхода – деление условное. Ни первый, ни второй подход не должен возводиться в абсолют, в догму. Для уголовного процесса, как движения к вполне определенной цели, всякая догма подобна кандалной гире. Один подход должен гармонично дополнять другой: при невозможности использовать «генезисный» следует прибегать

<sup>214</sup>На этот момент, а также на несоответствие положений ст. 10 Закона об ОРД (1992 г.) научному и правому понятию доказательства обращает внимание В. Зажицкий. Вопросы доказательственного права // Сов. Юстиция. – 1992. – № 19-20. – С. 4.

<sup>215</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа. – С. 121.

к «тождественному» и наоборот. При невозможности использования обоих – следует искать третий.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод, что юридическая наука на момент принятия закона об ОРД допускала уголовно-процессуальное использование оперативно-розыскной информации в качестве: основания к возбуждению уголовного дела в совокупности с таким поводом как – непосредственное обнаружение признаков преступления органом дознания; средства обнаружения доказательств (источников доказательств, «хранилищ доказательств»); вещных и документальных источников фактических данных; основания для принятия решений о производстве некоторых следственных действий, например, обыска; информации, оказывающей помощь при оценке доказательств и решении вопроса о целесообразности принятия процессуальных решений.

Почти все эти возможности нашли отражение в законе «Об оперативно-розыскной деятельности в РФ», принятом 13 марта 1992 г.<sup>216</sup> Ст. 10 названного закона предложила для практической интерпретации следующее положение: «Результаты ОРД могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий и проведения оперативно-розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, а также в качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством».

Законодательное закрепление ОРД вызвало положительные отзывы среди представителей уголовно-процессуальной науки. Одобрительно была встречена и указанная статья. Без долгих рассуждений был сделан вывод о том, что использование плодов ОРД для подготовки и осуществления следственных действий и для проведения оперативно-

<sup>216</sup>Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1992. – № 17. – Ст. 892

розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений – на практике, как правило, *не вызывает затруднений*. По поводу доказательственного статуса оперативно-розыскной информации развернулась дискуссия, вылившаяся в почти единодушное резюме – использование результатов ОРД в качестве доказательств – *затруднительно*.

Сложность применения этой части статьи, по мнению Е. А. Доли, обуславливалась несовершенством правового регулирования. Применительно к данной форме закон говорит, что результаты ОРД могут быть использованы «в качестве доказательств по уголовному делу после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством». Данная формулировка, по его мнению, была чистой абстракцией, ибо не содержала в себе указания на такую важную составляющую процесса доказывания по уголовным делам, присущую правовому режиму формирования и использования любого вида доказательств в уголовном процессе, как их собирание. А ведь именно с установленным в законе порядком собирания доказательств законодатель связывает целую систему гарантий доброкачественности получаемых доказательств, соблюдения при их формировании прав и законных интересов участников уголовного процесса. Указанный автор беспокоился о том, что следование на практике рассматриваемой формулировке закона могло привести к тому, что любые результаты оперативно-розыскной деятельности станут рассматриваться как доказательства по уголовным делам<sup>217</sup>.

Такие же опасения нашли отражение и в работах В.И. Зажицкого. «При буквальном понимании этого предписания, – писал он, – практические работники вправе рассуждать следующим образом: если в

<sup>217</sup>Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Советская юстиция. – 1993. – № 3. – С. 6.

ходе доказывания по уголовному делу подтвердились достоверность фактических данных, полученных оперативно-розыскным путем, то все они являются доказательствами по расследуемому делу. Но такой вывод принципиально неверен. Предметом проверки в ходе доказывания по уголовному делу являются не данные и материалы, полученные в результате ОРД, а доказательства (ст.70 УПК РСФСР). При осуществлении же ОРД обнаруживаются не доказательства, а следы преступлений. Они могут стать содержанием доказательств по уголовному делу, если войдут в процесс посредством источников (ст.69 УПК РСФСР)»<sup>218</sup>.

С.А. Шейфер обратил внимание на несоответствие данного постулата (что фактические данные становятся доказательствами после их проверки) исходным положениям теории доказательств. Как известно, в уголовно-процессуальном законе, отмечал он, закреплён другой постулат: все собранные доказательства подлежат тщательной, всесторонней и полной проверке (ст.70 УПК РСФСР). Следовательно и до проверки фактические данные, если они удовлетворяют нормативному определению доказательств в ст. 69 УПК, т.е. получены законным способом и облачены в надлежащую процессуальную форму, уже являются доказательствами. По существу положения ст. 10 Закона об ОРД возрождают отвергнутые наукой взгляды, согласно которым доказательствами признаются лишь только достоверно установленные факты. Формула, принятая в ст. 10 Закона об ОРД, необоснованно вводит в определение доказательства признак достоверности, поскольку вопреки реальности позволяет заключить, что доказательства появляются лишь тогда, когда собрание доказательств, их проверка и оценка завершены<sup>219</sup>.

<sup>218</sup>Зажицкий В.И. Закон об оперативно-розыскной деятельности не идеален // Советская юстиция. – 1993. – № 5. – С. 20.

<sup>219</sup>Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об ОРД // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 99-100.

Все эти рассуждения привели названных выше ученых к категоричному выводу – результаты ОРД ни при каких условиях не станут доказательствами. Причины, породившие такое заключение, можно свести к двум: отсутствие предусмотренного процессуальным законом источника; отсутствие процессуальной формы собирания. Не малую роль, вероятно, сыграли и личные пристрастия указанных авторов. Они подтвердили незыблемость постулатов теории доказательств о том, что оперативная информация, как и другие фактические данные, не имеющие процессуальной формы, присущей доказательствам определенного вида, не могут заменить доказательственную информацию<sup>220</sup>. Оперативные материалы могут лишь указывать на местонахождение информации, которая возможно будет иметь доказательственное значение<sup>221</sup>. Они носят сугубо ориентирующий характер<sup>222</sup> и ни какая проверка в соответствии с уголовно-процессуальным законом ничего не меняет.

Новый закон об ОРД 1995 г. расширил сферу использования данных, добытых оперативно-розыскным путем. Дополнительно к имеющимся, добавилось разрешение использовать результаты ОРД для подготовки и осуществления судебных действий и в качестве повода и основания для возбуждения уголовного дела. Кроме того, изменились формулировки в части, касающейся доказательственного аспекта. Новая редакция зафиксировала очередную «капитуляцию» уголовно-процессуальной науки. Теперь законодатель вел речь не об использовании результатов ОРД в качестве доказательств, а лишь об использовании их «в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание,

<sup>220</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1973. – С. 233.

<sup>221</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. – М., 1966. – С. 272-273.

<sup>222</sup>Стецовский Ю.И. Если человек обвинен в преступлении. – М., 1989. – С. 14.

проверку и оценку доказательств», что, по мнению комментаторов закона об ОРД, далеко не одно и то же<sup>223</sup>.

Новую формулировку и хвалили, и ругали. В. И. Зажицкий, сделал заключение, что «она более содержательна и последовательна и, что особенно важно, в большей мере согласуется с положениями уголовно-процессуального законодательства»<sup>224</sup>.

С приведенной точкой зрения полностью согласуется позиция Е.А. Доли, отмечающего, что «... законодатель распространил на результаты ОРД общий правовой режим, предъявляемый к собиранию и использованию доказательств. Особый, льготный режим использования результатов ОРД в доказывании упразднен»<sup>225</sup>. Приведенные позитивные отзывы отражают последовательность позиции В.И. Зажицкого и Е.А. Доли, ведь именно они высказывали недовольство прежней формулировкой.

Однако их точка зрения вряд ли может быть названа выражением общего мнения научного сообщества. Так, В.А. Азаров, напротив, уверен в том, что новый Закон об ОРД затруднил толкование законодательного установления о доказательственной ценности данных, добытых оперативно-розыскным путем. Свои выводы он подкрепляет материалами проведенного им же исследования: из 156 опрошенных сотрудников криминальной милиции предпочтение «экс-редакции» отдали 144 респондента<sup>226</sup>.

На расплывчатость и неопределенность новой формулировки обращает внимание Т.Н. Москалькова. Она полагает, что поскольку содержание термина «доказывание» в УПК РСФСР не раскрывается, а

<sup>223</sup>Комментарий к Федеральному закону об ОРД. – М., 1997. – С. 116-117.

<sup>224</sup>Зажицкий В.И. Новый закон об ОРД более совершенен // Государство и право. –1995. – № 12. – С. 51.

<sup>225</sup>Доля Е.А. Закон об ОРД // Российская юстиция. – 1996. – № 2. – С.36.

<sup>226</sup>Азаров В.А. Уголовно-процессуальные и оперативно-розыскные средства достижения цели раскрытия преступлений // Государство и право. – 1997. – № 10. – С. 48.

перечень источников доказательств не включает в себя «результаты ОРД» (ч.2. ст. 69 УПК), то закономерен вопрос: придерживается ли законодатель прежней позиции, что результаты ОРД могут быть доказательствами (и именно в этом заключается их участие в доказывании) или же им (результатам) как и прежде отводится всего лишь ориентирующая роль при подготовке и осуществлении следственных действий и иных процессуальных процедур<sup>227</sup>.

Не смотря на вполне разумные аргументы сторонников так называемой «конкретной» редакции, прежняя формулировка вряд ли вернется в законодательство. Скорее всего в него переключается современная. Такой вывод вытекает из анализа статьи 85 проекта УПК РФ, принятого в первом чтении. Согласно ей, «результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные при соблюдении требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями настоящего Кодекса, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств»<sup>228</sup>.

Кроме общего дозволения, проект УПК не содержит иных норм, регламентирующих порядок использования результатов ОРД. Это свидетельствует о том, что наука пока не выработала достойного инструментария решения проблемы. Хотя вопрос о подробной регламентации процедуры процессуального закрепления результатов ОРД в УПК был поставлен достаточно давно. Еще в 1993 г. Е.А. Доля писал о том, что подобная регламентация позволила бы решить вопрос о достоверности результатов и их допустимости в качестве доказательств, а

<sup>227</sup>Москалькова Т.Н. Этика уголовно-процессуального доказывания (стадия предварительного расследования). – М., 1996. – С. 78.

<sup>228</sup>Текст указанной статьи в тексте проекта УПК, подготовленного для второго чтения, остался без изменений.

также определить *процессуальный* порядок передачи их органу дознания, следователю и суду<sup>229</sup>.

Е.А. Доля предложил для проекта УПК следующий текст: «Результаты оперативно-розыскной деятельности, имеющие значение для правильного разрешения дела, могут быть использованы в доказывании только по уголовным делам о преступлениях, представляющих повышенную общественную опасность, и в соответствии с требованиями настоящего кодекса, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в этих случаях обязаны предоставить по требованию суда, прокурора, следователя и дознавателя сведения, необходимые для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании»<sup>230</sup>.

Следует согласиться с Е.А. Долей, что нормативная регламентация использования результатов ОРД должна быть проведена на уровне закона, конкретно – в УПК. Добавим, что законодательно должны быть описаны и другие направления использования оперативно-розыскных данных. На сегодняшний день регламентация порядка представления результатов ОРД для уголовно-процессуального использования отдана на откуп ведомствам, имеющим оперативно-розыскные аппараты<sup>231</sup>.

Что касается предложений по ограничению применения результатов ОРД тяжестью преступления, то оно, по нашему разумению, вряд ли целесообразно. Откровенно говоря, подобный подход нам представляется

<sup>229</sup>Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Советская юстиция. 1993. – № 8. – С. 7.

<sup>230</sup>Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1995. – № 5. – С. 43.

<sup>231</sup>См.: Инструкции о порядке предоставления результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд. Утверждена совместным приказом ФСНП РФ № 175, ФСБ РФ № 226, МВД РФ № 336, ФСО РФ № 201, ФПС РФ № 286, ГТК РФ № 410, СВР РФ № 56 от 13 мая 1998 г. // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998, № 23. (Далее – Межведомственная инструкция).

неким пережитком, являющимся следствием распространенного предрассудка, что оперативно-розыскная деятельность ущемляет, причем существенно, права граждан. Следует заметить, что нарушаются права не деятельностью, а деятелями; в этом плане авторы теории доказательств правы: не гносеологические приемы бывают виноваты, а конкретные оперативные работники и следователи, да и то, между нами юристами говоря, после вступления приговора суда в законную силу (ст. 49 Конституции РФ).

Идея ограничения допустимости оперативно-розыскных данных тяжестью преступлений достаточно популярна в юридической науке. Так, В.С. Устинов в свое время предлагал в уголовно-процессуальном законе закрепить положение, согласно которому «... оперативно-розыскные меры применяются в минимальных пределах в целях предупреждения и раскрытия тяжких и менее тяжких преступлений, предотвращения причинения существенного вреда общественным, коллективным интересам, правам и интересам граждан, если без их использования невозможно достижение любой из перечисленных целей»<sup>232</sup>.

Законодательные новеллы 1992-1995 гг. значительно активизировали научную мысль. Вместе с тем, говорить о перевороте в теории и практике использования результатов ОРД в уголовном процессе пока преждевременно. Сторонники «генезисного» подхода и после законодательного признания ОРД не изменили своих позиций. С.А. Шейфер в очередной раз утверждает, что органы расследования должны «...проследить весь путь формирования доказательств, с тем чтобы убедиться в надежности источника, и что в этом процессе не произошло искажения сведений, составляющих содержание доказательств». Вполне очевидно, что не все результаты ОРД способны выдержать подобную

<sup>232</sup>Устинов В.С. Проблема соотношения целей и средств в борьбе с преступностью и иными правонарушениями // Цель и средства в уголовном судопроизводстве. – Н.Новгород, 1991. – С. 31

проверку. Особенно это касается данных, источник которых не может быть оглашен. «В случае невозможности рассекречивания сведения (при всей их значимости), они не могут быть использованы в качестве доказательства». Таким образом, С.А. Шейфер заключает, что «не процессуальная информация может быть введена в дело не в виде любого доказательства, а только в виде вещественных доказательств и иных документов»<sup>233</sup>.

Вместе с тем, ряды сомневающихся в непререкаемости и единственности «генезисного» подхода пополняются (ряды тех, кто не признает исключительность данного подхода. Сам подход не отрицается). Среди них и представители нижегородской школы процессуалистов.

Суть нашей позиции, если кратко, сводится к следующему<sup>234</sup>. При использовании результатов ОРД в доказывании главное соблюсти два условия. **Первое – обеспечить достоверность информации. Это основное условие, без него бессмысленна забота об остальных.** Второе – сохранить в тайне (если это необходимо) сведения о личности информатора и принять иные меры обеспечения его безопасности. **Именно второе условие требует поиска иных, нежели «генезисный», подходов к проверке и оценке доказательств.** К сожалению, определенно сказать, что они найдены мы пока не можем.

В безвыходных ситуациях, когда «обнародование» источника информации невозможно по соображениям конспирации, мы полагаем, что эти данные в уголовный процесс можно ввести посредством такого источника доказательств, как иные документы. Непосредственным носителем информации в этом случае может быть, например, рапорт сотрудника. В рапорте, помимо анкетных данных работника, представившего носитель информации, указывается технические средства

<sup>233</sup>Шейфер С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 59-60.

<sup>234</sup>Подробнее см.: Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Указ. работа. – С. 53-54.

и условия их использования, если таковые применялись. Способ и источник получения информации обозначается формализовано: «В ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий».

Допустимо в этом случае предусмотреть возможность предупреждения сотрудника, представившего информацию, об уголовной ответственности по ч. 2 и 3. ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств». Презумпция правовой осведомленности должностных лиц, участвовавших в оперативном мероприятии, не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее целесообразность этого действия. Аналогия: свидетели из числа указанных лиц предупреждаются об ответственности за дачу заведомо ложных показаний и за отказ от дачи показаний на общих основаниях.

Предвидим, что данное предложение встретит немало возражений. Среди известных оппонентов мы уже сейчас можем предположить Е.А. Долю, который развернуто обосновал «принципиальное положение о недопустимости прямого ввода результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс в качестве доказательств»<sup>235</sup>.

Однако полагаем, что под высказанным нами предложением имеется определенная теоретическая основа. В частности, идея о присутствии в системе источников доказательств «свободного доказательства». Признание того факта, что система доказательств уголовного судопроизводства является универсальной и не только не нуждается, но и **не терпит расширения**, поскольку такой путь объективно не состоятелен<sup>236</sup> (с этим мы пока не будем спешить соглашаться – Авт.),

<sup>235</sup> Доля Е.А. Серия статей в журналах Российская юстиция, объединенных названием «Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам» – 1993. – № 8; 1994. – № 6; 1995. – № 5, а также монография «Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности» – М.: Спарк, 1996.

<sup>236</sup> Давлетов А.А., Камышин В.А. «Свободное» доказательство в уголовном процессе // Вестник Удмуртского университета. Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 90.

подвигает ученых к поиску **качественных путей** – путей совершенствования существующих видов доказательств.

Очень интересная мысль в этом плане высказана А.А. Давлетовым и В.А. Камышиным. Они предлагают рассматривать «иные документы» в качестве ворот, через которые в уголовный процесс может свободно проникать почти любая информация. «Современная идея «свободного доказательства, пишут они, – заключается в следующем. В отличие от первых семи доказательств, которые оценивают формально, по известным в УПК признакам, допустимость иных документов определяется по оценке и по усмотрению лиц, ведущих уголовное дело. Другими словами, суть «свободы» данной формы доказательств выражена в независимости от процессуальных условностей и рамок. Да, в идеале все доказательства должны быть формализованными. И чем выше степень формализации, тем надежнее доказательственный результат и соблюдение законности в деятельности органов уголовного процесса. Однако всякая абсолютизация в итоге приводит к противоположному результату. К тому же нельзя описать и регламентировать все многообразие жизни. Вот почему в доказывании всегда должно оставаться «окошко» («свободное доказательство», позволяющее пропускать новые средства доказывания). При этом надо учитывать иерархию доказательств, в которой на первых ролях находятся формализованные доказательства. В тех же случаях, когда таких доказательств нет или недостаточно, необходимо привлекать «свободные» доказательства»<sup>237</sup>.

В этой обширной цитате излагается оригинальный подход к проблеме информационного и доказательственного обеспечения УСП. Сами авторы подчеркивают, что это не их открытие – идея «свободного» доказательства всегда была присуща отечественному уголовному процессу, по крайней мере советскому. Данный подход интересен своей

<sup>237</sup> Давлетов А.А., Камышин В.А. Указ. работа. – С. 91.

«жизненностью» – форма значит многое, но реальная жизнь – больше. Вероятно, что нынешняя гуманистическая ориентация УСП, просвечивающая через его перспективные задачи (ст. 6 проекта УПК РФ), воспримет и внимательно рассмотрит этот «экзистенциальный» подход. Нам же он интересен тем, что неизменно требует своего продолжения через уголовно-процессуальную интерпретацию «свободной» информации.

В последние годы рынок юридической литературы пополнился интересными открытыми работами оперативно-розыскной проблематики. Две такие работы мы хотели бы использовать в качестве источников современных взглядов на проблему уголовно-процессуального использования результатов ОРД. Это монография В.П. Хомколова «Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход»<sup>238</sup> и методическое пособие Ю.В. Корневского и М.Е. Токаревой «Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам»<sup>239</sup>.

Опираясь на эти работы можно сделать вывод, что юридическая наука отошла от непререкаемости постулата гносеологической самодостаточности уголовно-процессуального метода познания. Так, Ю.В. Корневский и М.Е. Токарева указывают, что «в последние годы в России все большее распространение получают совершаемые организованными группами заранее спланированные, подготовленные и тщательно замаскированные преступления, что делает расследование особо сложным. Раскрыть такие преступления только традиционными методами трудно, а порой и невозможно. Использование в уголовном процессе данных, полученных оперативно-розыскным путем, – объективная необходимость»<sup>240</sup>.

<sup>238</sup>М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1999. – 191 с.

<sup>239</sup>М.: Юрлитформ, 2000 – 144 с.

<sup>240</sup>Корневский Ю.В., Токарева М.Е. Указ. работа. – С. 3.

«Вместе с тем, – пишут они далее, – нельзя не учитывать реально существующего риска отрицательных побочных последствий этой деятельности, ... которая чревата опасными нарушениями прав и свобод человека. Поэтому использование оперативно-розыскных средств требует чрезвычайной осторожности. Эта деятельность должна быть строго регламентирована законом»<sup>241</sup>.

Вероятно, априорное упоминание о нарушенных правах и свободах, становится частью ритуала описания полезных качеств ОРД. Хотя это может быть и следствием научных интересов авторов. Во всяком случае мы замечаем, что представители оперативно-розыскной науки менее склонны к таким оговоркам.

«В силу специфики сил, средств и методов, которые используются в ходе оперативно-розыскного познания, – указывает В.Е. Хомколов, – оно имеет несомненный приоритет в достижении истины, чем уголовно-процессуальное познание, ограниченное рамками уголовно-процессуального закона о допустимости определенных источников, а также приемов и средств обнаружения доказательств. Вместе с тем, несмотря на однопредметность оперативно-розыскного и уголовно-процессуального познания, результаты первого выступают лишь средством достижения второго, то есть в процессе доказывания результаты оперативно-розыскного познания участвуют опосредованно через уголовно-процессуальное познание. При этом меняется только форма, но не содержание. Полученные данные в результате оперативно-розыскного движения являются лишь гипотезой, чтобы стать аксиомой, они должны поменять форму своего происхождения»<sup>242</sup>.

Однако даже оперативно-розыскной настрой на решение проблемы не позволяет обойти догматы доказательственного права. В этом едины

<sup>241</sup>Там же. – С. 5.

<sup>242</sup>Хомколов В.П. Указ. работа. – С. 53-54.

почти все авторы. «Доказательствами признаются не сами по себе данные, полученные посредством оперативно-розыскной деятельности, а сформированные с их помощью в законном порядке процессуальные доказательства»<sup>243</sup>.

Из приведенных выдержек явствует, что проблема стоит остро; решение ее полностью задача будущего, будем надеяться ближайшего. Несмотря на осознание необходимости внесения законодательных новелл, научный поиск сегодня ведется по пути приспособления положений закона об ОРД к нормам действующего УПК. Этот подход оправдан в переходный период, которому пора бы и закончиться.

Развитие проблемы использования результатов ОРД в УСП характеризуется терминологическим плюрализмом. В настоящее время здесь имеют хождение несколько словесных формул – «документирование», «легализация», «трансформация». Нижегородская школа процессуалистов пытается внедрить еще один конструкт – «уголовно-процессуальная интерпретация».

В своих предыдущих работах мы критиковали обилие терминологии, как бы исходя из того, что разные термины обозначают один и тот же процесс<sup>244</sup>. Критика эта имела под собой некоторые основания. Дело в том, что широкое понимание пограничных терминов непременно приводит к нарушению границы соседней терминологической вотчины. Так, «документирование» в широком смысле, естественно, пересекается с широким пониманием «легализации». В узком же смысле эти понятия (при условии игнорирования нюансов) обозначают либо разные этапы юридически значимой работы с оперативно-розыскной информацией, либо технологические оттенки процедурной стороны этой деятельности, либо и то и другое одновременно.

<sup>243</sup>Кореневский Ю.В., Токарева М.Е. Указ. работа. – С. 6.

<sup>244</sup>Поляков М.П. О понятии уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности. – С. 31.

Но действительно ли речь идет о терминологическом плюрализме. Если да, то следует согласиться с учеными, призывающими к необходимости унификации терминологии<sup>245</sup>. Однако нас терзают сомнения, навеянные философской установкой, что в этом мире нет ничего случайного и ненужного, что всякое разнообразие оправдано. Для того, чтобы утвердиться в этом или, напротив, разувериться, рассмотрим наиболее популярные трактовки приведенных выше терминов.

Термин **документирование** – один из ключевых в теории оперативно-розыскной деятельности – толкуется А.Р. Белкиным, как **выявление, фиксация и сохранение** оперативной информации и ее источников<sup>246</sup>.

Не трудно заметить, что приведенное понимание документирования пригодно в основном для внутреннего использования в науке и практике ОРД, поскольку оно опускает вопрос о дальнейшем применении этой информации. Из этого определения не вытекает возможность и целесообразность вхождения информации в уголовный процесс. В таком виде оно представляет собой оперативно-розыскное документирование. Именно так его в свое время предлагал именовать Д. И. Бедняков<sup>247</sup>.

Однако было бы неверным говорить о том, что теорию ОРД не заботит последующее использование плодов этой деятельности. Подтверждение тому находим в определении документирования, данном проф. А.Г. Маркушиным. Он полагает необходимым включение в понятие документирования, кроме «выявления», еще одного существенного признака-направления – обеспечения возможности использовать оперативно-розыскную информацию для предупреждения, пресечения или раскрытия преступления, розыска преступников, пропавших без вести, а

<sup>245</sup>Розенцвайг В.Е. К вопросу об использовании возможностей ОРД в расследовании преступлений // Методика расследования преступлений. – М., 1976. – С. 163; Белкин А.Р. Указ. работа. – С. 111.

<sup>246</sup>Белкин А.Р. Указ. работа. – С. 111.

<sup>247</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа. – С. 81.

также принятия к лицам мер, предусмотренных законом (профилактических, административных, уголовно-правовых)<sup>248</sup>.

Как видим, А.Г. Маркушин закладывает в своем определении практически и теоретически значимый межотраслевой мостик. В определениях других авторов идея смычки также присутствует. Это следует непосредственно из применяемой ими терминологии. Так, в понимании проф. В.Г. Самойлова, документирование есть ни что иное, как – оперативно-розыскное доказывание причастности определенных лиц к совершению преступления.

Анализ приведенных определений, отражающих наиболее распространенные подходы, приводит к выводу, что документирование включает в себя: во-первых – процесс добывания информации, необходимой для решения задач, поставленных законодателем перед ОРД; во-вторых – «материализацию» этой информации, придание ей формы, пригодной для последующего использования в других антикриминальных технологиях. Наиболее распространенная форма материализации информации – «документ». Эта форма и определила название всего цикла. Эволюция законодательного понимания «документа» определяет и прогресс результативности документирования. В настоящее время «документ» понимается весьма широко, в том числе и уголовно-процессуальным законодательством. В проекте УПК РФ (ст. 80) говорится о том, что «документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменной, так и в иной форме. К документам могут относиться, в том числе, материалы фото- и киносъемки, звуко- и видеозаписи, средств технического, электронного контроля, магнитных, оптических и других электронно-технических носителей информации ...».

В третьих – понятие документирования должно включать в себя процедуру подготовки «материализованной» информации для

<sup>248</sup>Маркушин А.Г. Указ. работа. – С. 144.

последующего, в том числе и уголовно-процессуального использования. Участники документирования должны иметь представление о направлениях применения добываемой информации. Иными словами, процесс уголовно-процессуального использования результатов ОРД в широком понимании должен начинаться задолго до представления оперативно-розыскных материалов органам, ведущим судопроизводство. В этом смысле размышления субъекта ОРД о документировании и о возможных способах легализации должны соседствовать.

В связи с этим, термин «легализация» включается в развернутые определения документирования. «По своей правовой природе документирование преступных действий объектов оперативно-розыскной деятельности, – пишет проф. В.А. Лукашов, – это **система оперативных мероприятий**, осуществляемых по программе уголовно-процессуального доказывания и состоящих в собирании и оперативном закреплении таких фактических данных, которые при условии их процессуальной **легализации** могут стать доказательствами по уголовному делу. В процессе негласного документирования оперативно-розыскными средствами и методами обеспечиваются все элементы процессуального доказывания, предусмотренные ст. 68 УПК РСФСР: устанавливаются факты, подлежащие доказыванию, источники информации о них, создаются благоприятные условия для использования их в уголовном процессе. Иными словами, осуществляется процесс установления истины по раскрываемому преступлению в пределах, гарантирующих уверенность в достоверности всех основных деталей события преступления и причастности к его совершению проверяемых лиц».<sup>249</sup>

В этом определении мы находим подтверждение одной из своих догадок о том, что плюрализм терминологии возник в проблемных сферах

<sup>249</sup>Лукашов В.А. О некоторых морально-этических аспектах оперативно-розыскной деятельности. // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс. – СПб., 1998. – С. 7-8.

использования данных ОРД. В первую очередь это относится к использованию результатов ОРД в доказывании. Термин «легализация» живет именно в этой сфере и отражает один из способов разрешения проблемной ситуации. Там же можно столкнуться и с другим словом – «трансформация».

**Легализация и трансформация.** В науке уголовного процесса к определению понятия легализация имеется два подхода – узкий и широкий. Узкий – рассматривает легализацию как процесс превращения данных, полученных оперативно-розыскным путем в доказательства<sup>250</sup>. При широком подходе рассматриваемым термином обозначают любые процессы преобразования оперативно-розыскной информации в уголовно-процессуальную.

В настоящее время словом «легализация» оперируют достаточно редко. Вероятно, это следствие давней неудовлетворенности термином. Так, В.Т. Томин и В.А. Дубровин более двадцати лет назад указывали на его условность, подчеркивая, что своим применением в науке он обязан не своим семантическим качествам, а скорее сложившейся традиции.

Однако в силу этой же традиции рассматриваемая терминология не хочет окончательно покидать научную сцену и после законодательного признания (иначе – легализации) оперативно-розыскной деятельности. К термину «легализации» обращается В.Г. Баяхчев, понимая ее как «обеспечение легальности источника происхождения тех или иных сведений, добытых оперативно-розыскным путем»<sup>251</sup>. Легализация, по его мнению, лишь этап, предшествующий процессу вовлечения сведений,

<sup>250</sup>Безлепкии Б.Т. Уголовный процесс России. Курс лекций. - М., 1998. – С. 118.

<sup>251</sup>Баяхчев В.Г. Проблемы использования в доказывании по уголовным делам материалов, собранных оперативно-розыскными подразделениями органов внутренних дел // Законность, оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс. Материалы международной научно-практической конференции. Часть 2. – СПб., 1998. – С. 82.

полученных оперативно-розыскным путем, в уголовный процесс и их использованию в доказывании по уголовным делам<sup>252</sup>.

Говоря об информации, истинный источник которой не может быть рассекречен, он говорит о том, что «необходимо проведение оперативной комбинации, направленной на то, чтобы источником поступления информации явился гласный сотрудник (возможно даже с представителями общественности). Поэтому легализация проводится еще до передачи материалов следователю, а ее способы во многом зависят от возможности последующего выступления на предварительном следствии и в суде лиц, непосредственно осуществляющих оперативно-розыскное мероприятие в качестве свидетелей»<sup>253</sup>.

В.Г. Баяхчев называет несколько способов легализации: Приведем их в авторской редакции.

«1. Если негласный сотрудник обнаруживает какой-либо предмет, способный стать вещественным доказательством по уголовному делу, он должен поставить об этом в известность гласного сотрудника, который вместе с представителями общественности произведет его изъятие. В противном случае будет невозможно легализовать данный носитель информации.

2. Если негласные сотрудники зафиксировали какое-либо событие, очевидцами которого явились другие граждане, принимаются меры для их установления, чтобы в последующем следователь мог допросить их по интересующим фактам.

3. Случайная фиксация каких-либо фактов сотрудником в нерабочее время. Данный способ может применяться только в том случае, если есть возможность последующего его выступления в суде без расшифровки подлинной причины нахождения в указанном месте.

<sup>252</sup>Баяхчев В.Г. Указ. работа. – С. 82.

<sup>253</sup>Там же. – С. 83.

Следует отметить, что такой распространенный способ легализации оперативной информации, как случайная фиксация тех или иных фактов лицами, которые в действительности не проводили указанных действий, по существу является фальсификацией доказательств и поэтому не должен применяться»<sup>254</sup>.

Последнее замечание весьма любопытно. Из него можно сделать вывод, что самый распространенный способ легализации, как не парадоксально, является и самым незаконным. Отсюда еще одно предположение, что граница между легализацией и фальсификацией порой не есть высокая стена.

Очевидно многие авторы полагают, что термин «легализация» – порождение принципа конспирации, «царствующего» на территории ОРД. В чем то это утверждение правильно. В период, предшествующий принятию законов об ОРД, процедура легализации заключалась не только в замене источника информации, а в затушевывании факта применения средств ОРД вообще. Вспомним хотя бы общественное документирование (Д.И. Бедняков). Таким образом, термин «легализация» был навеян нелегальностью ОРД, свойственной ей до законодательного закрепления.

Нам представляется, что «легализация» несет в себе и другой смысл. Он вытекает не из семантики слова, а из содержания, вкладываемого в него другими научными отраслями. «Легализация» в юридической теории может означать – придание юридической силы, юридического значения какому-либо акту, действию<sup>255</sup>.

Если абстрагироваться от нюансов и предположить, что закономерным выходом документирования будет – документ (в самом широком понимании), то легализация будет означать процедуру преобразования этого документа, как единства содержания и формы, до

<sup>254</sup>Там же. – С. 83 - 84.

<sup>255</sup>Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С. 484; Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Т. 2. – М., 1998. – С. 376.

состояния, когда документ будет способен порождать юридически значимую уголовно-процессуальную реакцию – принятие соответствующего решения.

«Результаты оперативно-розыскной деятельности, – как полагает В.П. Хомколов, – не имеют прямых юридических последствий»<sup>256</sup>. Легализация устраняет этот недостаток и придает им необходимую юридическую силу. В контексте использования результатов ОРД в УСП речь идет о придании данным ОРД уголовно-процессуальной силы. Эта сила определяется несколькими моментами – содержанием информации и формой, посредством которой эта информация будет постигаться и передаваться.

Так или иначе приходится вести речь об изменениях оперативно-розыскной информации. Иными словами, о ее *трансформации*. Именно так в последние годы предлагают именовать процесс преобразования оперативно-розыскной информации в доказательственную некоторые ученые<sup>257</sup>. О трансформации, в частности, пишет профессор В. И. Басков: «В зависимости от относимости полученных сведений (оперативно-розыскных – Авт.) и их процессуального значения следователь или прокурор *трансформирует* эти сведения в виде доказательства по уголовному делу (ст. 69 УПК), остальные сведения остаются нереализованными»<sup>258</sup>.

Однако сразу подчеркнем, что трансформация – это не легализация. Трансформация это содержание легализации, один из способов ее осуществления. Легализация – конечный пункт, в некотором роде – цель. Трансформация – средство достижения цели. Термин «трансформация» скорее технический, чем юридический. Его появление – следствие

<sup>256</sup>Исключение, по его мнению, составляет лишь деятельность органов дознания по уголовным делам, по которым предварительное следствие не обязательно». Хомколов В.П. Указ. работа. – С. 66.

<sup>257</sup>Попов Н.М. Указ. работа. – С. 18.

<sup>258</sup>Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность. – М., 1997. – С. 53.

недовольства термином «легализация». Никаких новых подходов к оперированию результатами ОРД термин «трансформация», на наш взгляд, не несет. **Трансформация** – это терминология «метаний», свойственная периоду поиска нового подхода к проблеме. Новый подход требует новой терминологии. Полагаем, что появление термина «уголовно-процессуальная интерпретация» и есть знамение иного подхода к использованию результатов ОРД в УСП.

**Уголовно-процессуальная интерпретация.** Термин уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД, как уже говорилось, был предложен проф. В. Т. Томиным в 1996 г. Он вложил в него следующий смысл — *истолкование* полученных оперативно-розыскным путем результатов как в отношении их *содержания*, так и *формы*, с позиций целесообразности и возможности использования их при производстве по уголовному делу.

По сути дела, речь идет о принципиально новом подходе к использованию результатов ОРД в уголовно-процессуальных целях. Акцент в оценке оперативно-розыскной информации переносится с формы на содержание<sup>259</sup>. Понятие это, если вникнуть в него поглубже, не только процедурно, но и во многом психологично. По сути это новое направление, в какой-то степени даже новая методология, определяющая иной подход к рассмотрению и само собой разрешению проблемы.

### 3.2. Методологические предпосылки теории уголовно-процессуальной интерпретации оперативно-розыскной информации

#### *Уровни методологических предпосылок*

<sup>259</sup>Весь предыдущий терминологический плюрализм крутился исключительно вокруг формы: документирование подчеркивало необходимость овеществления информации, перевода в форму, на которую реагирует уголовный процесс; легализация означала придание документированным источникам юридической силы, вписывание их в систему уголовно-процессуальных средств.

Под теорией в науке чаще всего понимают рациональную форму познания<sup>260</sup>. Необходимость в ней возникает всякий раз, когда эмпирические методы уже не приносят нового знания о проблеме. Теория, таким образом, играет роль интеллектуального инструмента, при помощи которого исследователь познает ненаблюдаемые объекты.

Для объяснения скрытых отношений и закономерностей, возникающих в процессе добывания, переработки, хранения и использования информации о криминальных явлениях и причастных к ним лицах, мы также вынуждены прибегнуть к построению теории – теории уголовно-процессуальной интерпретации оперативно-розыскной информации (теория УПИ)<sup>261</sup>.

Теория УПИ опирается на многоуровневое методологическое знание. Первый уровень – философская методология, включающая в себя общие принципы познания. В качестве основной методологической предпосылки этого уровня выступает гносеология. Теория УПИ, таким образом, помещается нами на одну гносеологическую платформу с теорией уголовно-процессуального познания<sup>262</sup>, теорией доказательств, теорией доказывания<sup>263</sup>. В качестве предпосылок теории УПИ выступают также отдельные положения идеалистических философских направлений, в частности, идеи герменевтики.

Философские положения не исчерпывают собой предпосылок теории УПИ, поскольку, как справедливо замечает А.А. Давлетов, их нельзя рассматривать как универсальный ключ, легко открывающий замки к любым проблемам<sup>264</sup>. Поиск адекватного подхода<sup>265</sup> к разрешению научно-

<sup>260</sup>Рузавин Г.И. Методология научного исследования. – М., 1999. – С. 142.

<sup>261</sup>Обоснование названия проводится в последующих разделах работы.

<sup>262</sup>Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Екатеринбург, 1997.

<sup>263</sup>Некоторые авторы полагают, что следует говорить не о теории доказательств, а о теории доказывания. См.: Белкин А. Р. Указ. работа. – М, 1999. – С. VI.

<sup>264</sup>Давлетов А.А. Указ. работа. – С. 19.

<sup>265</sup>Одно из значений слова «подход» в русском языке – «совокупность приемов, способов (в воздействии на кого-что-нибудь, в изучении чего-нибудь, в ведении дела и т.п.)». Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. – М., 1986. – С. 471.

практических задач предполагает отыскание дополнительных методологических средств.

В последние тридцать лет наука, не отрекаясь в от универсальных общеметодологических принципов познания, выработанных материалистической диалектикой, разработала новые инструменты приобретения знаний. К ним относятся общенаучные концепции, выполняющие методологические функции<sup>266</sup>.

Среди методологических предпосылок этого уровня особое место занимает информационный подход к познанию, суть которого заключается в выделении и исследовании информационного аспекта явлений<sup>267</sup>. Применение информационного подхода в частных науках происходит, как результат взаимодействия с их содержательной стороной. В этом случае вычлняются лишь те средства и стороны, которые «вписываются» в соответствующую предметную область и помогают приращению нового знания специальной дисциплины<sup>268</sup>. Наряду с приращением новых сведений о предмете, информационный подход выполняет не менее важную функцию систематизации «старых» знаний<sup>269</sup>.

Основные понятия информационного подхода – «информация», «энтропия», «избыточность», «разнообразие» и другие составляют его содержательный каркас. При изучении высокоорганизованных систем, которым присуще управление, информационный подход обогащается новыми понятиями – «значение», «ценность», «эффективность» информации и др., а также соответствующими логико-семантическими и логико-прагматическими формальными приемами исследования информации<sup>270</sup>. Использование информационного подхода для построения

<sup>266</sup>В качестве примеров методологических концепций в науке называются: теоретическая кибернетика, системный анализ, теория информации, теории игр и решений. Подробнее см.: Юдин Э.Г. Системный подход и принцип деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М., 1978. – С. 14, 41-44.

<sup>267</sup>Готт В.С., Семенюк Э.П., Урсул А.Д. Категории современной науки. – М., 1984. – С. 154.

<sup>268</sup>Готт В.С., Урсул А.Д. Указ. работа. – С. 21.

<sup>269</sup>Там же. – С. 20-21.

<sup>270</sup>Там же. – С. 21.

теории УПИ предполагает обязательный анализ таких понятий, как «информационный продукт», «информационные отношения», «информационное взаимодействие», «информационная среда».

В настоящее время информационный подход применяется почти во всех отраслях науки. Он не имеет ни противопоказаний, ни противников. Это приводит к тому, что некоторые ученые начинают рассматривать его как главное средство рационального познания. Так, И. И. Юзвишин полагает, что информатиология «является всеобщей методологией, самым мощным орудием проведения глубоких научных исследований окружающей нас природы»<sup>271</sup>. «Исторически сложилось так, – пишет он, – что предыдущие подходы в научных исследованиях, например, системный, материалистический и другие применялись исходя из анализа в основном следующих аспектов: а) изучение предмета (системы), т.е. того, что мы замечаем при первом взгляде; б) определение изменений системы или предмета в зависимости от изменений условий окружающей среды; в) определение структуры (элементов) предмета или системы... При информационном подходе вышеуказанные аспекты являются как бы автоматическим фоном самого главного аспекта исследования: изучение скрытых (внутренних) отношений структурированных элементов, их свойств и признаков, а также изучение отношений внутренних отношений с внешним миром (внешней информацией – внешними отношениями)»<sup>272</sup>.

Позиция И.И. Юзвишина представляет несомненный методологический интерес. Вместе с тем, вряд ли можно согласиться с его мнением о подчиненном положении системного анализа (ему отводится место «автоматического фона»). Системные исследования, на наш взгляд, либо предваряют информационные, либо сопутствуют им. Не следует забывать, что «универсализация информационного подхода – не столько прямой продукт развития этой дисциплины, сколько побочный результат повальной моды на кибернетику. Что же касается ее самой, то она вне

<sup>271</sup>Юзвишин И.И. Информатиология или закономерности информационных процессов и технологий в микро- и макромирах вселенной. – М., 1996. – С. 38.

<sup>272</sup>Юзвишин И.И. Указ. работа. – С. 38-39.

всякого сомнения, решающим образом опиралась в своих истоках на системные идеи и вместе с тем способствовала их развитию»<sup>273</sup>.

Большинство исследователей не склонны рассматривать информационный подход, как методологическую панацею. «Подчеркивая общенаучную значимость информационного подхода, вместе с тем нельзя допускать его абсолютизации в ущерб другим средствам познания, равно как и ставить под сомнение его познавательную ценность вообще»<sup>274</sup>. «Возможности этого подхода, – подчеркивает В.И. Сифоров, – могут быть плодотворно использованы лишь тогда, когда четко осознаются его ограничения – когда мы помним, что изучение информационных процессов не отменяет, например, собственно биологического или социологического исследований, не противостоит им, а, наоборот, дополняет их»<sup>275</sup>.

Идеи информационного подхода применяются в юридических науках более тридцати лет. К изучению проблем уголовно-процессуальной науки одним из первых его применил В.Я. Дорохов. С информационных позиций (в те годы их охотнее называли кибернетическими) была объяснена природа уголовно-процессуальных доказательств<sup>276</sup>. Кибернетический подход, несмотря на отдельные недостатки, принес в теорию доказательств достаточно новаций, разрешивших многие проблемы. В частности, была создана информационная модель доказательств, согласно которой доказательством является единство сведений о фактах и их источника<sup>277</sup>.

Кибернетический бум инициировал информационные исследования и в теории ОРД. Ярким последователем информационного подхода среди

<sup>273</sup>Юдин Э.Г. Системный подход и принцип деятельности. Методологические проблемы современной науки. – М., 1978. – С. 21.

<sup>274</sup>Готт В.С., Семенюк Э.П., Урсул А.Д. Указ. работа. – М., 1984. – С. 155.

<sup>275</sup>Сифоров В.И. Методологические вопросы науки об информации // Вопросы философии. – 1974. – № 7. – С. 107.

<sup>276</sup>Дорохов В.Я. Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1964. – № 9. – С. 108-117. См. также: Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С. 197-228.

<sup>277</sup>Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – М., 2000. – С. 37-38.

представителей оперативно-розыскной науки является С.С. Овчинский<sup>278</sup>. Последовательное применение постулатов теории информации привело его к выводу, что «при единой гносеологической природе методов познания оперативно-розыскная информация, получаемая разными путями (наблюдение, опрос, изучение документов, оперативный эксперимент, внедрение негласных сотрудников), отражает явления и события на едином познавательном уровне, и нужны лишь процессуальные гарантии для использования фактических данных в процессе доказывания<sup>279</sup>.

К третьему уровню методологических предпосылок теории УПИ относятся научные теории и концепции, имеющие как прикладной междисциплинарный характер, в частности, теория аргументации, теория риторики, так и собственно юридические теории. Э.Г. Юдин сформулировал положение, согласно которому «всякое объективное знание служит людям дважды – сначала как объяснение окружающей реальной действительности, а затем в качестве средства, метода при решении тех или иных проблем»<sup>280</sup>. Таким образом, всякая юридическая теория, обладающая более высокой степенью общности, может рассматриваться как методологическая предпосылка теории УПИ. На первом месте, естественно, окажутся уголовно-процессуальная теория и теория ОРД. Весьма ценными для теоретических построений видятся нам общие положения теории правовой информатики, теории юридического толкования, теории управления.

В определенном смысле в роли методологических предпосылок можно рассматривать и общие положения теории эффективного уголовного процесса. Центральное место в последней занимает учение о противоречиях, снижающих эффективность уголовного судопроизводства. Применяя «противоречивый» подход, мы делаем вывод, что проблема уголовно-процессуального использования оперативно-розыскной

<sup>278</sup>Благодаря А.С. Овчинскому и В.С. Овчинскому труды С.С. Овчинского об оперативно-розыскной информации были изданы открыто.

<sup>279</sup>Овчинский С.С. Оперативно-розыскная информация / Под ред. А.С. Овчинского и В.С. Овчинского. – М., 2000. – С. 61.

<sup>280</sup>Юдин Э.Г. – Указ. Работа. – С. 35.

информации также является результатом противоречия, обусловленного спецификой внутренней информационной природы уголовного процесса. Этим мы как бы открываем новое уголовно-процессуальное противоречие, дополнительно к тем, что когда-то сформулировал В.Т. Томин<sup>281</sup>. Вместе с тем, информационное противоречие не существует само по себе. Оно растворяется в остальных уголовно-процессуальных противоречиях, поскольку информация в широком смысле есть – «третий компонент бытия, наряду с веществом и энергией»<sup>282</sup>. Однако для удобства теоретических размышлений мы на время абстрагируем данное противоречие от прочих.

В общих чертах информационное противоречие можно сформулировать как – противоречие между потребностями участников уголовного судопроизводства в объективной информации и ограниченным набором источников и средств ее получения. Представляется, что это противоречие присуще всем историческим и географическим типам уголовного процесса. Осознание его происходит в эпоху усиления публичного (официального) начала судопроизводства. Именно информационное противоречие, по нашему мнению, активизирует розыскную потенцию уголовного процесса. Думается, что последовательное «обрастание» судебного разбирательства досудебными стадиями тоже закономерное следствие поиска путей смягчения информационного противоречия. Этим же противоречием, на наш взгляд, объясняется взаимное притяжение уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности. Для удовлетворения потребности в фактических данных уголовному судопроизводству не всегда хватает собственных информационных возможностей.

В.Т. Томин, размышляя о разрешении «жизненных противоречий» уголовного процесса, пришел к выводу, что для их преодоления

<sup>281</sup>Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – С. 26.

<sup>282</sup>Современный философский словарь. – Лондон, Франкфурт-на-Майне, Париж, Люксембург, М., Минск / «Панпринт». – С. 359.

недостаточно усилий одной лишь правоохранительной системы<sup>283</sup>. С методологической точки зрения это очень ценное наблюдение. Преломляя его к теории УПИ, можно сделать вывод, что **для того, чтобы быть эффективным, уголовный процесс должен быть открытым в информационном плане.**

Способы смягчения информационного противоречия различны. Теория ОРД делает основной упор на совершенствование тактических приемов преодоления уголовно-процессуальных барьеров<sup>284</sup>. Наука уголовного процесса в большей степени нацелена на поиск правового компромисса. В 1958 г. ученые законодательно закрепили свою первую победу (см. выше). В последующем законодатель не раз подтверждал принципиальное согласие на использование результатов ОРД в УСП, однако, описание процедуры этого использования в законе так и не появилось.

В связи с этим, современные формулировки закона, допускающие использование результатов ОРД в уголовном процессе, ассоциируются у нас с научными гипотезами, которые решили проверить эмпирическим путем. Ст. 11 Закона об ОРД, говорит о том, что «результаты ОРД могут быть использованы ...»<sup>285</sup>, но не говорит как. Нет ответа на этот вопрос и в уголовно-процессуальном законе: ни в действующем, ни в перспективном. Ст. 85 проекта УПК, как помним, отсылает правоприменителя к положениям закона об ОРД.

Таким образом, сложившаяся «гипотетико-правовая» ситуация очень напоминает правовой эксперимент. Однако успех этого опыта нам а priori представляется сомнительным, поскольку экспериментаторы – а в данном случае это правоприменители – оказываются в парадоксальной ситуации. С одной стороны, они должны выработать новые формы

<sup>283</sup>Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – С. 26.

<sup>284</sup>В настоящее время активно разрабатывается и правовая сторона проблемы. См. : Шумилов А.Ю. Начала уголовно-розыскного права. – М., 1998. – С. 99-102; Основы оперативно-розыскной деятельности / Под ред. В.Б. Рушайло. – Спб., 2000. – 644-553 и др.

<sup>285</sup>Формулировка «могут быть ...» уже сама по себе гипотетична.

правомерного поведения, новые алгоритмы действий, а с другой, действовать в рамках предписаний уголовно-процессуального закона, позволяющего делать то, что разрешено, и не более. При подобных условиях прирост знаний о новых правовых процедурах маловероятен.

Очевидно, что разработку процедурных правил сподручнее осуществить представителям науки. Они, в отличие от практиков, не связаны разрешительной установкой. Однако здесь может таиться другая опасность – традиция, установка, стереотип. Существующая научная парадигма пока безраздельно владеет научными умами. Вспомним формулировку ст. 10 закона об ОРД 1992 г. – «результаты ОРД могут быть использованы ... в качестве доказательств». Многие процессуалисты посчитали своим долгом не подтвердить, а опровергнуть эту «гипотезу» (Е.А. Доля, В.И. Зажицкий, С.А. Шейфер и др.). Новая законодательная формулировка (1995 г.), предусматривающая использование результатов ОРД уже не в качестве доказательств, а лишь в доказывании, свидетельствует о том, что они успешно справились с поставленной задачей. Однако эта научная победа, увы, не ослабила практического давления информационного противоречия.

Вполне очевидно, что пришло время нестандартных шагов. И прежде всего в теоретическом пространстве. Установки и стереотипы теоретиков уголовного процесса сегодня становятся тормозом на пути повышения эффективности судопроизводства. Есть надежда, что конструируемая нами теория позволит по-новому подойти к проблеме уголовно-процессуального использования результатов ОРД. В качестве основной точки опоры для формирования нового подхода нам видятся информационные идеи.

### *Информационные основы теории УПИ*

Термин «информация» сегодня один из самых востребованных в науке. Спектр его применения чрезвычайно широк: от обозначения третьего компонента бытия, до заметки в стенной газете. Вместе с тем,

будучи в значительной степени интуитивным, слово «информация» трудно поддается однозначному определению. Обилие существующих дефиниций подчеркивает полиморфизм термина «информация», обусловленный тем, что ни одно из определений не отвечает нашим интуитивным представлениям о нем<sup>286</sup>. Трудность точной формулировки афористично выражена в толковании информации, выданном отцом современной кибернетики Н. Винером: «информация есть информация, а не материя и не энергия»<sup>287</sup>.

Это, конечно, не единственное винеровское определение информации. По сей день в ходу его формула: «Информация – это обозначение содержания, полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему»<sup>288</sup>. Антропоморфный оттенок этого определения<sup>289</sup> сделал его весьма популярным в науках гуманитарного цикла.

Представители гуманитарных наук вообще не склонны рассматривать «информацию» вне связи с субъектом. «Информация для нас, – пишут В. Т. Томин и Д. В. Сочнев, – это знания о фактических данных и соотношениях между ними в связи с процессами управления; единство коммуникатора, коммуниканта, канала связи и содержания сообщения. В случае отсутствия любого из этих четырех компонентов информации нет»<sup>290</sup>.

Это не означает, что философские рассуждения об объективном характере информации<sup>291</sup> гуманитариями вовсе не принимаются в расчет.

<sup>286</sup>Налимов В.В. Вероятностная модель языка. – М., 1979. – С. 127.

<sup>287</sup>Винер Н. Кибернетика, или управление и связь в животном и машине. – М., 1968. – С. 201.

<sup>288</sup>Там же.

<sup>289</sup>В естественных науках антропоморфизм, напротив, рассматривается как недочет этого определения. См.: Корогодина В.И., Корогодина В.Л. Информация как основа жизни. – Дубна, 2000. – С. 11.

<sup>290</sup>Томин В.Т., Сочнев Д.В. Словарь-инструментарий для исследования проблем, связанных с взаимодействующим влиянием правоохранительной и массово-коммуникативной систем на преступность и виктимность молодежи и несовершеннолетних. – Н.Новгород, 1999. – С. 33.

<sup>291</sup>Подробнее см.: Урсул А.Д. Отражение и информация. – М., 1973. – С. 13-78.

Принимаются и по возможности используются. Однако каждая область исследования и практики формулирует понятие информации применительно к целям и конкретному содержанию своей деятельности. «При этом ни одно из определений не может претендовать на полноту и строгость даже в рамках какой-либо одной сферы информационной деятельности»<sup>292</sup>.

Все это порождает огромное количество определений информации. Н.П. Ващекин, насчитавший несколько сотен подобных дефиниций, говорит, что «наличие множества интерпретаций информации надо рассматривать не как проявление гносеологического плюрализма, а как различные подходы к познанию истины (приоткрывающей исследователям лишь отдельные свои стороны), синтез которых произойдет в будущем»<sup>293</sup>.

Однако многие исследователи все чаще начинают приходить к выводу, что первоначальное толкование информации, близкое к ее буквальному пониманию, пожалуй, и есть самое точное. «При рассмотрении информации в качестве предмета правоотношений в правовой системе, предмета отношений государства, юридических и физических лиц, – пишет В.А. Копылов – приходится возвращаться к исходному определению информации, например, данному С.И. Ожеговым: информацией являются сообщения и сведения»<sup>294</sup>.

О.А. Гаврилов также указывает, что суммируя все научные подходы к феномену информации, можно резюмировать, что «информация – сведения (сообщения) об объектах и явлениях окружающей среды, их свойствах и отношениях, которые уменьшают степень их неопределенности»<sup>295</sup>.

<sup>292</sup>Цигичко В.Н. Руководителю – о принятии решений. – М., 1996. – С. 102.

<sup>293</sup>Ващекин Н.П. Научно-информационная деятельность: философско-методологические проблемы. – М., 1984. – С. 24.

<sup>294</sup>Копылов В.А. Информационное право. – М., 1997. – С. 23.

<sup>295</sup>Гаврилов О.А. Курс правовой информатики. – М., 2000. – С. 1.

Созвучно приведенным и законодательное толкование информации как «сведений о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления»<sup>296</sup>.

Данное определение, насколько можно судить по работам, попавшим в поле нашего зрения, не совсем устраивает ученых. Так, В.А. Копылов считает, что эта дефиниция должна быть дополнена уточнением, что информация должна иметь «вид, понятный для восприятия человеком»<sup>297</sup>. О.А. Гаврилов, не возражая против свободы формы информации, настаивает на том, чтобы данные представлялись «в форме, пригодной для передачи и обработки»<sup>298</sup>.

Налицо желание авторов привнести в понятие информации человеческий дух. Вместе с тем, тот же О.А. Гаврилов говорит о том, что «информация существует объективно (вне зависимости от сознания) и является неотъемлемым свойством (атрибутом) материальных образований, а также сознания человека»<sup>299</sup>.

Вряд ли можно говорить здесь о какой-то неточности. Это опять же следствие полиморфизма термина «информации». Им обозначается и материальная информация и идеальная. Под материальной информацией имеется ввиду отражение разнообразия, происходящее вне человека и независимо от сознания человека. Отражение материального разнообразия в сознании человека представляет собой идеальную информацию<sup>300</sup>.

Таким образом, информация, как «сведения о ...» представляет собой продукт человеческой деятельности. Таковой является социальная информация. Человек привносит в понятие информации новые свойства, такие, как смысл и ценность. Эти категории вряд ли можно отнести к явлениям объективного мира.

<sup>296</sup>Ст. 2 Федерального закона от 25.01.95 г. «Об информации, информатизации и защите информации» // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 8.– Ст. 609.

<sup>297</sup>Копылов В.А. Указ. работа. – С. 23.

<sup>298</sup>Гаврилов О.А. Указ. работа. – С. 2.

<sup>299</sup>Гаврилов О.А. Указ. работа. – С. 2.

<sup>300</sup>Урсул А.Д. Указ. работа. – С. 179.

Подобный подход позволяет предположить, что информация не просто представляет собой некую данность, а появляется в процессе целенаправленной человеческой деятельности (производства) и является ее результатом. «Процесс познания, – пишет Д.И. Бедняков, – представляет собой отражение объективной действительности в сознании познающего субъекта с помощью органов чувств, ощущений, а информация есть результат (следствие) отражения, причем отражения только на уровне сознания, связанного с формированием сведений об отражаемом объективном мире»<sup>301</sup>.

Социальная информация, таким образом, не может рассматриваться как явление исключительно объективное. Все это предполагает увеличение человеческого начала в осмыслении информационных проблем, приведение в науку новой терминологии, в частности, и термина «интерпретация», связанного с пониманием, творчеством, т.е. с сугубо человеческими проявлениями.

На эту мысль нас натолкнули работы, посвященные научной информации. «Чисто условно весь процесс научного познания, – указывает В.З. Когана, – можно разделить на следующие этапы: подготовка к исследованию (избрание объекта и предмета, определение аспекта, накопление исходной информации, разработка программы), исследование (получение первичных данных и их анализ), создание информации, отражающей сведения, полученные в ходе анализа первичных данных, и, наконец, распространение этой информации. ... С точки зрения общественного прогресса кардинальнейшее значение имеют последние два этапа. Ибо, если результаты исследования не будут сообщены другим ученым и практикам, исчезает сам смысл научной деятельности, ее социальное значение»<sup>302</sup>.

Научное познание имеет общие гносеологические основы с познанием по уголовному делу. Среди этапов уголовно-процессуального познания (обнаружение, собирание, фиксация, проверка, оценка) создание

<sup>301</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа. – С. 26.

<sup>302</sup>Коган В.З. Маршрут в страну информологию. – М., 1985. – С. 21.

информации прямо не называется. Однако юридическая наука и практика признают, что информация по уголовному делу также создается. Именно как создание доказательств, мы склонны толковать столь любимую в последнее время формулировку – «формирование доказательств».

Это словосочетание подчеркнуто используется в Межведомственной инструкции. Согласно этому ведомственному акту, «результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять **формировать доказательства**, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств, и содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством, а также данные, позволяющие проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на их основе».

Получается, что информация не просто данные, подобранные исследователем и переданные «по команде», не просто знания об объекте и явлении. Информация – это продукт, произведенный в ходе сознательной и целенаправленной человеческой деятельности.

«Информация, – пишет В.Н. Цигичко, – выступает как знания, отчужденные от его носителей и обобществленные для всеобщего пользования. Другими словами, информация – это превращенная форма знаний, обеспечивающая их распространение и социальное функционирование. Получая информацию, пользователь превращает ее путем интеллектуального усвоения в свои личностные знания. Здесь мы имеем дело с так называемыми информационно-когнитивными процессами, связанными с представлением личностных знаний в виде информации и воссоздание этих знаний на основе информации. Информационный продукт должен выполнять роль переносчика знаний, т.е. содержать такую информацию, чтобы пользователь мог получить с ее

помощью нужные ему знания. Следует подчеркнуть, что между информацией и знаниями имеется разрыв. Человек должен творчески переработать информацию, чтобы получить новые знания»<sup>303</sup>.

Вместе с тем, человек добывает информацию путем познания объективной действительности. Следовательно, можно предположить, что информация существует объективно и человеку свойственно лишь регистрировать ее. Идея объективности информации является базовой методологической посылкой теории доказательств. «Объективная природа информации, – указывает Н.А. Якубович, – позволяет сделать органам расследования и суду, при условии соблюдения требований закона, устанавливающих порядок доказывания, достоверные выводы, обеспечивая тем самым достижение истины по делу»<sup>304</sup>.

Оперативно-розыскная информация, по мнению С.С. Овчинского, тоже имеет объективный характер, поскольку она возникает «в результате действий (преступных, допреступных, антисоциальных), в том числе высказываний (например, аморального, разлагающего содержания), обнаружения объективно сложившихся или умышленно создаваемых условий, которые могут быть использованы в преступных целях. Реальная действительность, явления имеющие криминогенный или криминальный характер, обстоятельства (изменения в среде), возникающие в связи с общественно опасным поведением, существуют объективно»<sup>305</sup>.

Однако далее С. С. Овчинский говорит о том, что оперативно-розыскной информацией эти обстоятельства и явления становятся лишь тогда, когда они «устанавливаются с помощью специальных средств и методов, а следовательно, **интерпретируются** (выделено нами – Авт.) через систему специальных знаний и оценок».<sup>306</sup>

Вполне очевидно, что оперативно-розыскная информация называется так не потому, что она несет знания об криминальном

<sup>303</sup>Цигичко В.Н. Указ. работа. – С. 104-105.

<sup>304</sup>Курс советского уголовного процесса. – М., 1989. – С. 527.

<sup>305</sup>Овчинский С.С. Указ. работа. – С. 20-21.

<sup>306</sup>Там же. – С. 21.

события: для этого больше подошел бы термин «криминальная информация». В основу названия «оперативно-розыскная информация» положен способ ее производства – оперативно-розыскная деятельность. Таким образом, термин «оперативно-розыскная» – это не содержательная, а производственная характеристика информации, которая подчеркивает, что это не просто «информация о ... », а «информация о ... , полученная определенным образом».

В определении оперативно-розыскной информации, данным С.С. Овчинским, основной упор делается на технологическую сторону. Указанная информация, по его мнению, есть «разновидность социальной информации, специфичной по цели получения (борьба с преступностью), методу получения и режиму использования, обеспечивающему конспирацию, надежную зашифровку источников, возможность проверки сообщаемых сведений и их применение только заинтересованными оперативными работниками и следственными аппаратами»<sup>307</sup>.

Производственными, по сути, являются и такие характеристики информации, как «процессуальная» и «непроцессуальная». Первая указывает на то, что сведения получены в результате уголовно-процессуальной деятельности. Эту информацию достаточно часто отождествляют с доказательственной. С.С. Овчинский прямо говорит, что «в тех случаях, когда явления обнаруживаются и фиксируются в процессуальном порядке, появляются доказательства»<sup>308</sup>. Вторая характеристика подчеркивает, что сведения получены вне уголовно-процессуальной формы. Непроцессуальная информацию, по определению Д. И. Беднякова – «информация о преступлении независимо от способов и источников ее получения»<sup>309</sup>.

В содержательном плане и процессуальная и непроцессуальная, в том числе и оперативно-розыскная информация, отражают криминальные явления на едином познавательном уровне. «Будучи реальным отражением

<sup>307</sup>Там же. – С. 39.

<sup>308</sup>Там же. – С. 21.

<sup>309</sup>Бедняков Д.И. Указ работа. – С. 34.

события преступления, – указывает С.С. Овчинский, – оперативно-розыскная информация при ее дальнейшем использовании в процессе доказывания не изменяет своего содержания»<sup>310</sup>. В подтверждение своей позиции С.С. Овчинский ссылается на А.И. Андреева и Г.К. Синилова. Идею содержательной стабильности информации, разделяет и В.П. Хомколов<sup>311</sup>.

Таким образом, для получения объективного содержания – *сведений о криминальном событии, умножающих знание (уменьшающее незнание) о нем* – допустимы различные информационные технологии. Информационные продукты, полученные в результате применения этих технологий, будут иметь одинаковую содержательную ценность.

Понятие «информационный продукт» используется в отечественном законодательстве для обозначения «документированной информации, подготовленной в соответствии с потребностями пользователей и предназначенной или применяемой для удовлетворения потребностей пользователей»<sup>312</sup>.

В приведенном понятии значительное место уделяется достоверительной стороне информации и ее адресату. Информационный продукт, таким образом, выступает как результат познавательной деятельности, но деятельности, ориентированной не на себя, а на другого (потребителя). При формировании информационного продукта изготовитель должен четко представлять информационные потребности адресата. Однако познавать для другого, предварительно не познав для себя, на наш взгляд, невозможно. Но познание для себя предполагает осмысление информации, превращение ее в знания. В этой связи, для характеристики информационного продукта важное значение приобретает квалификация его производителя. Важность этого момента определяется

<sup>310</sup>Овчинский С.С. Указ. работа. – С. 21.

<sup>311</sup>Хомколов В.П. Указ. работа. – С. 53-54.

<sup>312</sup>Федеральный закон от 4 июля 1996 г. «Об участии в международном информационном обмене» // Собрание законодательства РФ. 1996. – № 28 – Ст. 3347.

тем, что производитель вольно или невольно добавляет в информацию порцию своего субъективизма (личностного смысла).

В этой связи, следует согласиться с мнением Д.И. Беднякова, что самая важная роль в информировании принадлежит субъекту информирования. Мотивы его деятельности, профессиональная подготовка, знание языка, психическое состояние оказывают существенное влияние на достоверность получаемой информации<sup>313</sup>.

Понимание этого момента отражено в трактовке «информационного продукта», имеющего место в теории журналистики. «Продуктом познавательной стадии журналистской деятельности оказывается концепция изученной ситуации, представляющая собой единство знания о происходящем и отношения к нему ... Однако концепция изученной ситуации – пока еще не то знание, которое предназначается потребителю. Это своего рода полуфабрикат, которому предстоит пройти не одну процедуру переработки, прежде чем он превратится в журналистское произведение – информационный продукт, способный с большей или меньшей точностью передать массовой аудитории оперативное знание о том, что происходит в жизни»<sup>314</sup>.

Понятие «информационный продукт» в теории УПИ имеет важное методологическое значение. Оно позволяет ставить вопрос о правомерности ограничения проверки генезиса информации уровнем производителя информационного продукта. Думается, что следователь и суд при исследовании сведений, первоисточник которых не может быть разглашен, вполне могут ограничиться пояснениями оперативного работника или руководителя оперативно-розыскного аппарата. Невозможность непосредственного общения органов, ведущих уголовный процесс, с первоисточником данных должна компенсироваться установлением ответственности производителя информации за некачественность предоставленных сведений. В этой связи, целесообразно

<sup>313</sup>Бедняков Д.И. Указ. работа. – С. 29.

<sup>314</sup>Лазутина Г.В. Журналистское познание мира // Основы творческой деятельности журналиста. – СПб, 2000. – С. 77.

предусмотреть ответственность должностных лиц оперативных аппаратов за заведомую ложность, предоставляемых им информационных продуктов. Возможное наказание должно быть более суровым, чем, например, наказание за заведомо ложные показания свидетеля.

Одновременно следует проводить последовательную работу по повышению авторитета оперативно-розыскных аппаратов. Принцип свободной оценки доказательственной информации не противоречит идее, согласно которой – доверие к информационному продукту напрямую зависит от авторитетности его производителя. Повышение доверия к оперативно-розыскной деятельности и людям, ее выполняющим, возможно через открытую популяризацию ОРД. Следует положительно отметить в этом плане усилия проф. А.Ю. Шумилова, создающего «библиотеку оперативника (открытый фонд)», а также авторский коллектив несекретного учебника «Основы оперативно-розыскной деятельности» (Спб., 1999, 2000). Кроме того, нам представляется целесообразным теоретическое обоснование особого информационного статуса результата ОРД в уголовном процессе.

Создание информационного продукта предусматривает неременную материализацию информации. Основным способом придания информации материальной формы выступает документирование. Документированная информация – это зафиксированная на материальном носителе информация с реквизитами, позволяющими ее идентифицировать<sup>315</sup>.

Документирование предполагает формулирование и оформление. Понятие информационного продукта, как единства формулирования и оформления, позволяет объяснить «живучесть» в уголовном процессе протоколирования и других письменных форм фиксации информации. Вместе с тем, признаки информационного продукта лежат не только в сфере формы (оформление и формулирование). Для того, чтобы говорить о

<sup>315</sup>Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации».

наличии информационного продукта следует прежде оценить и содержательную сторону.

Иными словами, информационный продукт представляет собой единство формы (оформления) и содержания. Что касается формулирования, то оно является переходящим признаком – содержательно-формальным: формулировка, не содержащая информации, не будет информационным продуктом. Вместе с тем, связь между содержанием и формулированием просматривается не всегда. Фотография может содержать информацию (быть содержательной), но явно обходиться без формулировок. Другое дело, что процесс извлечения информации из этой фотографии не сможет обойтись без формулирования. Формулирование обязательно предполагает осмысление информации, а осмысление – последующую интерпретацию. Интерпретация, таким образом, является непременным компонентом извлечения информации из информационного продукта.

На формирование информационного продукта большое влияние оказывает информационная среда. Законодатель под ней понимает «сферу деятельности субъектов, связанную с созданием, преобразованием и потреблением информации»<sup>316</sup>. В работах по управленческим проблемам под информационной средой, подразумевается, «с одной стороны, проводник, преобразователь и распространитель информации, а с другой – источник побудительных причин деятельности людей». Информационная среда, как полагает В. Н. Цигичко, диктует определенные нормы информационного поведения<sup>317</sup> людей в общении друг с другом»<sup>318</sup>.

В журналистике информационная среда понимается как формула – «информация – всюду». Чтобы познавательный процесс шел успешно, у журналиста должна быть сформулирована твердая установка на

<sup>316</sup>Федеральный закон «Об участии в международном информационном обмене».

<sup>317</sup>Информационное поведение, как нам представляется, понятие технологическое, а не этическое. Вряд ли осуждение доносительства проистекает из норм информационного поведения. Последние определяют поведение индивидуумов в целях их взаимопонимания при передаче сведений.

<sup>318</sup>Цигичко В.Н. Указ. работа. – С. 105.

восприятие действительности, «как совокупности источников информации, каждый из которых может подарить ему «эксклюзив» – то, что другим пока не известно»<sup>319</sup>.

Данная установка, на наш взгляд, будет весьма полезна оперативному работнику и следователю. Она настроит их на творческое (в преломлении через профессиональное) восприятие мира и позволит быть более открытым информации. В свое время В.Т. Томин предложил в качестве эксперимента организовать в крупных органах внутренних дел комнаты сбора информации, функции которых заключаются в сборе (улавливании) поступающей от населения в связи с осуществлением ОВД мероприятиями информации, ее первичном анализе, оценке и направлении исполнителям. В этих комнатах В.Т. Томин рекомендовал создать соответствующую «обстановку улавливания» информации<sup>320</sup>.

Информационная среда играет роль контекста, в котором протекает *информационное взаимодействие* между оперативным работником и представителем уголовного процессуального производства. В теории УПИ это понятие также является ключевым.

Понятие информационного взаимодействия зародилось в недрах науки информатики. В дальнейшей его разработке принимали участие представители самых разных отраслей знаний. Не малый вклад в осмысление информационного взаимодействия был сделан представителями философских наук. Философия вообще взяла на себя миссию обобщения достижений информационных исследований, поскольку понятие «информации» претендует на роль «третьего компонента бытия – наряду с веществом и энергией»<sup>321</sup>.

Под информационным взаимодействием в философии понимается *процесс обмена сведениями (информацией), приводящий к изменению знания хотя бы одного из получателей этих сведений*<sup>322</sup>.

<sup>319</sup>Лазутина Г.В. Указ. работа. – С. 68.

<sup>320</sup>Томин В.Т. Взаимодействие органов внутренних дел с населением в борьбе с преступностью. – Омск, 1975. – С. 159.

<sup>321</sup>Современный философский словарь. – М., 1998. – С. 359.

<sup>322</sup>Кузнецов Н.А., Мусхелишвили Н.Л., Шрейдер Ю.А. Информационное

Данное понятие, по мнению Н.А. Кузнецова, Н.Л. Мусхелишвили и Ю.А. Шрейдера, вытекает из двусмысленности термина «информация», обозначающего с одной стороны – сведения, с другой – процесс осведомления. С позиций теории информационного взаимодействия ведущая роль отводится осведомлению, а «информация как совокупность сведений в нем играет роль действующего агента».

Как обмен сведениями указанное понятие используется и в теории ОРД. «Информационное взаимодействие, – указывает С.С. Овчинский, – на разных уровнях оперативно-розыскной и профилактической деятельности обеспечивает ... **обмен информацией** при смене целей познания»<sup>323</sup>.

Простейшая структура информационного взаимодействия «источник – приемник», где источник выполняет пассивную роль объекта, а приемник активную – субъекта. Такая схема присуща взаимодействию между материальным объектом, случайно меняющим свое состояние и адресатом фиксирующим эти изменения. Такое взаимодействие в юридической практике может иметь место в процессе проведения идентификационной экспертизы. Для установления тождества вполне хватает количественных характеристик информации – объект  $Y$  содержит информации достаточно для воссоздания объекта  $X$  (информационная теория Шеннона).

Однако информационные процессы как социальный феномен не укладываются в эту схему. В производстве, передаче, потреблении социальной информации участвуют не просто люди – каждый из них в этом важном деле имеет свое назначение, занимает свое место, играет свою роль. В одном случае он производит и передает информацию – и тогда он субъект действия, в другом он ее получает, потребляет, использует – и тогда он объект.

взаимодействие как объект научного исследования (перспективы информатики) // Вопросы философии. – 1999. – № 7. – С. 83.

Там же. – С. 78.

<sup>323</sup>Овчинский С.С. Указ. работа. – С. 63.

«Вместе с тем, было бы неправильно представлять себе дело таким образом, будто только одна из названных сторон, субъект, только одна она активна, а другая только объект и она только пассивна. «Такое разделение, – пишет В.З. Коган, – допустимо лишь в рамках научного анализа, только в определенном смысле, при условии, что мы мысленно отвлекаемся от всей сложности системы человеческой деятельности, когда задачи анализа диктуют необходимость и допустимость отвлечения от пассивности стороны, принимаемой нами за субъект, и от активности стороны, принимаемой в данном случае за объект. В общем же плане один и тот же человек выступает в одном случае как субъект информационного процесса, в другом как его объект... Производя, передавая и потребляя информацию люди не просто вступают в определенные отношения, как субъекты и объекты – они взаимодействуют. И этот момент здесь центральный»<sup>324</sup>.

Таким образом, содержательные схемы информационного взаимодействия не всегда укладываются в рамки отношения «источник-приемник». Гораздо чаще приходится иметь дело с более сложными и широкими схемами, понимание которых требует определенных представлений о понятии причинности. На это указывает и С.С. Овчинский<sup>325</sup>.

Для информационного взаимодействия важное значение имеют причины цели (*causa finalis*). Телеологический подход: описание ситуаций «управляющий объект – управляемый объект» требует рассмотрения соответствующих целей управления<sup>326</sup>. Кибернетику больше всего интересует информация, предназначенная для выполнения определенной цели, связанной с управлением.

Информационное взаимодействие ОРД и УСП подчиняется целям уголовного процесса. Однако в ходе взаимодействия эта цель может осознаваться участниками по-разному. В.П. Хомколов, считает, что « ...

<sup>324</sup>Коган В.З. Указ. работа. – С. 30-31.

<sup>325</sup>Овчинский С.С. Указ. работа. – С. 63.

<sup>326</sup>Кузнецов Н.А., Мусхелишвили Н.Л., Шрейдер Ю.А. Указ. работа. – С. 82.

целью оперативно-розыскных аппаратов является выявление практических данных, необходимых для предварительного расследования, а целью органов предварительного следствия – их полное использование в уголовном процессе»<sup>327</sup>. Налицо технологическая цепочка по обеспечению быстроты и полноты раскрытия и расследования преступления.

Связка «быстрота и полнота» в свое время вызвала нарекания со стороны проф. В.Т. Томина. По его мнению, необходимым и достаточным является такой объем познания по делу, который обеспечивает применение к конкретному лицу справедливой меры ответственности; требование «полного раскрытия» преступления избыточно<sup>328</sup>.

Полагаем, что позиция нашего Учителя справедлива лишь в статике, если оценивать весь информационный багаж расследования. Она базируется на общем законе сохранения информация. Однако информация, кроме прочего, имеет свойство – утрачивать ценность. Все зависит от вида информации. Научная информации, по мнению Д. Прайса, утрачивает свою полезность в среднем через десять лет после ее опубликования<sup>329</sup>. Оперативно-тактическая разведывательная информация, как полагает теоретик стратегической разведки Вашингтон Плэтт, теряет десять процентов ценности в день<sup>330</sup>. С приличной скоростью тает и ценность оперативно-розыскной информации.

Таким образом, «быстро и полно» в информационном свете может означать максимальное получение информации за единицу времени – скажем рабочий день оперативного работника, который при всем желании не может превышать 24 часов (грустная шутка). «Быстро и полно» характеризует отношение к процессу получения информации. Формула изготовления информационного продукта должна выглядеть, как девиз адмирала Фишера «мало, но быстро», иногда полнота и точность могут быть частично принесены в жертву ради ее своевременности<sup>331</sup>.

<sup>327</sup>Хомколов В.П. Указ. работа. – С. 72.

<sup>328</sup>Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – С. 46.

<sup>329</sup>Цит. по Коган В.З. Указ. работа. – С. 98.

<sup>330</sup>Плэтт В. Стратегическая разведка. Основные принципы.– М., 1997. – С. 53.

<sup>331</sup>Там же. – С. 51, 45.

Однако полученная информация должна быть не только своевременной, но и понятной получателю, в противном случае временные затраты на ее расшифровку сделают ничтожной своевременность. Здесь актуализируется еще один принцип информационного взаимодействия – принцип тезауруса, означающий, что пользователь, для которого предназначено информационное сообщение, должен иметь систематизированный набор данных в какой-либо области знания, позволяющий ему ориентироваться в ней<sup>332</sup>. От состояния тезауруса зависит возможность восприятия информации, ее интерпретация и механизм преобразования. В процессе усвоения информации и получения новых знаний тезаурус меняется и увеличивается, растут возможности смыслового восприятия информации, совершенствуется ее интерпретация.<sup>333</sup>

Важность принципа тезауруса особенно четко видна в ситуациях, когда в роли приемника оказывается человек, который должен понять и усвоить некоторый текст. Однако человек, не обладающий достаточно развитым тезаурусом, не только не в состоянии этот текст воспринять, но даже не способен понять зачем ему это требуется.

Поскольку в информационном взаимодействии существенна форма сигнала (его информационное содержание), а не его материально-технические характеристики, то резонно предположить, релевантность не только *causa finalis*, но и *causa formalis*<sup>334</sup>. Значимость формальной оболочки для информации мы выяснили выше.

Кроме названных, теоретики информационного подхода выделяют еще принцип фасцинации (привлекательности) информации. Его мы коснемся ниже.

### 3.3. Результат ОРД как информационный продукт

<sup>332</sup>Словарь иностранных слов и выражений. М., 1997. – С. 467.

<sup>333</sup>Цигичко В.Н. Указ. работа. – С. 105-106.

<sup>334</sup>Кузнецов Н.А., Мусхелишвили Н.Л., Шрейдер Ю.А. Указ. работа. – С. 82.

Термин «результат ОРД» активно используется в российском законодательстве. Однако содержание его раскрывается не в законе, а в Межведомственной инструкции. Последняя толкует результат ОРД как «фактические данные, полученные оперативными подразделениями в установленном законом об ОРД порядке, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших правонарушение, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, а также о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности РФ.

Результаты ОРД отражаются в оперативно-служебных документах (рапортах, справках, сводках, актах, отчетах и т.п.) К оперативно-служебным документам могут прилагаться предметы и документы, полученные при проведении ОРМ.

В случае проведения в рамках ОРД оперативно-технических мероприятий, результаты ОРД могут быть также зафиксированы на материальных (физических) носителях информации (фонограммах, видеogramмах, кинолентах, фотопленках, фотоснимках, магнитных, лазерных дисках, слепках и т.п.)».

Данное определение принято юридической наукой без особой критики. В комментариях к законам об ОРД, опубликованных после выхода Инструкции, оно приводится почти дословно<sup>335</sup>.

Научные разработки «доинструкционного периода» содержат более оригинальные дефиниции результата ОРД. По мнению К. В. Суркова, «результаты ОРД» это – «*оперативно-розыскная информация*, добываемая с помощью ОРМ (оперативно-розыскных мероприятий – Авт.) в сфере и инфраструктуре преступности. Она разделяется на стратегическую и тактическую. В качестве первой понимаются собираемые в течение длительного времени *сведения* о видах преступлений и правонарушений на обслуживаемой территории и объектах на данный момент и *вероятных*

<sup>335</sup>Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / Под ред. проф. В.В. Николюка. – М.: Спарк, 1999. – 198 с.

*изменениях* в этой области. Анализ стратегической информации позволяет определять тенденции в противозаконной деятельности и т.п. Вторая категория оперативно-розыскной информации – *данные тактического характера*. Они указывают на конкретных лиц, преступные сообщества, факты. Подлежащие изучению и проверке и т.п.»<sup>336</sup>.

Развернутое определение результата ОРД дано В. И. Зажицким. По его мнению, это – «различные *сведения* (данные, информация) об обстоятельствах совершения преступления и лицах, причастных к нему, *полученные оперативно-розыскным путем* в рамках конкретного дела оперативного учета и *зафиксированные* в оперативно-служебных материалах: в справках (рапортах) оперативного сотрудника, проводившего оперативно-розыскные мероприятия; в сообщениях конфиденциальных источников; в заключениях различных предприятий, учреждений, организаций, а также от должностных лиц; в материалах фото-, кино-, звуко-, видеозаписях, произведенных в процессе оперативно-розыскных мероприятий; в различных материальных предметах, изъятых при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, и т.п.»<sup>337</sup>.

Приведенные определения имеют похожую структуру и включают в себя: а) внутреннее содержание; б) внешнюю форму; в) формирующего субъекта; г) формирующие процедуры.

Под внутренним содержанием подразумевается информация. Однако объем и направленность этой информации, как видим, не всеми трактуется одинаково. Создатели Инструкции говорят о фактических данных, подчеркивая тем самым ретроспективный характер оперативно-розыскного познания. Поскольку преступные факты это, как правило, события прошлого: так учит теория доказательств. Но К.В. Сурков говорит также о прогностической информации, т.е. сведениях, отражающих предполагаемое криминальное будущее<sup>338</sup>. Возможно, что и авторы

<sup>336</sup>Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. – М.: Новый юрист, 1997. С. 381.

<sup>337</sup>Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». / Отв. ред. А. Ю. Шумилов. М.:Вердикт-1М, 1997. С. 110.

<sup>338</sup>Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-

Инструкции не исключают подобного толкования оперативно-розыскной информации. Полагаем, что фактические данные в контексте результатов ОРД означают лишь, что информация порождается изменениями окружающего объективного мира, а не внутреннего мира субъекта. Иными словами, фактические данные предполагают внешний источник информации, имеющий форму, воспринимаемую рациональным путем.

Результатом ОРД информация станет лишь после ее формализации путем фиксации в надлежащем образом оформленных оперативно-служебных документах. Формализация информации должна проводиться надлежащим субъектом – оперативными подразделениями и в соответствии с процедурой, которую устанавливает закон об ОРД и ведомственные нормативные акты. Оперативно-розыскной путь в некоторой степени тоже предопределен.

Таким образом, всем дефинициям присуща информационная сущность, причем сущность одухотворенная. Результат ОРД – это не просто информация, механически перенесенная «с улицы» в сферу оперативно-розыскной деятельности. Это результат особой производственной деятельности, объединяющей руки, ноги и голову. Необходимым элементом производства результата ОРД является мыслительная деятельность специального субъекта (формулирование), проявляющая себя через оформление. Таким образом, результаты ОРД вполне укладываются в рамки понятия информационный продукт.

Информационным продуктом являются и результаты уголовно-процессуальной деятельности, в том числе и доказательства. Определение результата ОРД, в трактовке Инструкции, вообще сильно напоминает определение доказательства: это тоже фактические данные, добытые предусмотренным законом путем и закрепленные в установленной этим же законом форме. Разница заключается лишь в том, что законодатель не требует, чтобы результаты ОРД производились из «информационного сырья», содержащегося в строго определенном законом круге источников. Напомним, что доказательство представляет собой неразрывное розыскной деятельности»: Комментарий. – М.: Новый юрист, 1997. – С. 381.

соединение фактических данных и известного источника, из которого они получены. При неизвестности источника, доказательство «невзрывоопасно»; источник в некотором смысле выполняет функцию детонатора.

Результат ОРД, на первый взгляд, активен и в случае неизвестности конкретного источника. Но это только на первый взгляд. Информация, запускающая ОРД, действительно, может и не содержать сведений об источнике: достаточно, чтобы имелись данные о криминальном событии. Яркий пример – анонимные письма, не являющиеся поводом к возбуждению дела, но передаваемые в оперативные аппараты для проверки. Однако стартовая информация это еще не результат ОРД. На выходе источник информации должен быть установлен, либо первоначальная информация (без источника) должна быть заменена сведениями, имеющими источник, известный субъекту познания. Тем не менее, в отличие от доказательств, эти сведения могут передаваться по технологической цепочке без указания источника. Источником впоследствии будет выступать оперативный сотрудник, имеющий представление о первоисточнике. Вместе с тем, это не означает, что в рамках ОРД действуют более либеральные правила оценки информации, нежели в уголовном процессе. Требования относимости и достоверности присутствуют и здесь. Хотя ОРД, естественно, менее щепетильна при отборе информации на входе. Оперативно-розыскными способами могут быть исследованы самые различные информационные сигналы, вплоть до сообщений экстрасенсов и т.п. Но на выходе должен быть информационный продукт.

Из всего сказанного можно сделать предварительный вывод, что в антикриминальном процессе сотрудники правоохранительных органов имеют дело не столько со сведениями о фактах, сколько с интерпретацией этих сведений. Результат интерпретации в некотором смысле и есть информационный продукт. Именно поэтому, сведения неразрывно связаны

с их интерпретатором (источником) и должны оцениваться в дуальной совокупности.

Результат ОРД рождается в результате информационного взаимодействия субъекта ОРД и источника информации. Но результатом ОРД указанное взаимодействие не заканчивается. Технологическая цепочка от обнаружения источника информации до ее уголовно-процессуальной реализации включает в себя несколько трансформаций этой информации: первоначально в результат ОРД, затем в результат уголовно-процессуальной деятельности, в том числе и в доказательство. Каждой трансформации соответствует свой акт информационного взаимодействия.

С первого взгляда приведенная нами последовательность не вызывает нареканий. Однако современная уголовно-процессуальная наука в большинстве случаев не склонна рассматривать результат ОРД в качестве полноценного информационного продукта; ее рекомендации, как правило, сводятся к необходимости возвращения к «информационному сырью» (допрос лиц, дававших ранее объяснения, допрос авторов служебных документов и т.п.).

Значительную роль в непринятии уголовным процессом результата ОРД как полноценного информационного продукта, по нашему мнению, сыграла (да играет и по сей день) предубежденность некоторой части научной элиты против оперативных аппаратов и ОРД в целом. Наиболее радикальные суждения по этому поводу принадлежат известному российскому юристу, к сожалению, уже покойному профессору А.М. Ларину. Он опасался, как бы следователи не сделались «... покорными писарями, оформителями результатов ОРД»<sup>339</sup>. Но особую тревогу у него вызывали органы дознания.

«При производстве дознания как расследования в полном объеме, – писал он, – смешение оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности происходит с еще большей силой, когда тем и другим

<sup>339</sup>Ларин А.М. О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проекте УПК // Российская юстиция. – 1997. – №. 9. – С. 11.

занимается одно и то же лицо, например, сотрудник уголовного розыска, заинтересованный в реализации своих «оперативных данных», привыкший к силовым методам воздействия и не склонный придавать значения таким «тонкостям», как гарантии прав личности»<sup>340</sup>.

Что греха таить, без злоупотреблений правоприменительная сфера жить не может. Но вспомним формулу – *Ab abusu ad usum non valet consequentia* – злоупотребление при пользовании не довод против самого пользования.

Попытка надломить стереотипы была предпринята в свое время разработчиками Проекта Общей части УПК РФ (Государственное правовое управление Президента РФ). Но, как помним, был «надломлен» сам проект. И, скорее всего, не потому, что он содержал норму, согласно которой «результаты законных оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств, если они представлены лицом, которому достоверно известно их происхождение и которое может засвидетельствовать их подлинность и обстоятельства получения». Хотя указанному предложению тоже досталось.

Приведенное законодательное предложение, на наш взгляд, содержит весьма ценную идею как для теории уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД, так и для теории УСП – ограничение ретроспекции результата ОРД не до первоисточника, а лишь до источника, внушающего доверие. О ней мы уже говорили при рассмотрении понятия «информационный продукт».

Представляется, что данный подход для уголовно-процессуальной теории не является принципиально новым. Он применяется при оценке информации, полученной из такого источника доказательств, как заключение эксперта. При оценке результата экспертизы, компетентные органы, как правило, не исследуют генезис происхождения информации далее документа, представленного экспертом. Достоверность заключения

<sup>340</sup>Ларин А.М. . Мельникова Э.Б., Савицкий в.М. Уголовный процесс России. Лекции- очерки. – М., 1997. – С. 196.

эксперта устанавливается исходя из компетентности сведущего лица и презюмируемого доверия к используемым им научным методам познания. Доверие к конкретному экспертному заключению диктуется общим доверием к методологии экспертных исследований. Все это очень напоминает методологическую аргументацию, при которой «обосновать утверждение значит оправдать его принятие с помощью метода, который обеспечивает достижение поставленной цели, например, обеспечивает получение истинного знания о действительности. Отнесение утверждения к обоснованным означает, что его принятие оправдано использованием процедуры, эффективной с точки зрения нашей цели, и, далее, сама эта процедура заслуживает позитивной оценки и что следование ей позитивно ценно в аспекте данной цели»<sup>341</sup>.

С некоторыми оговорками можно сказать, что в уголовном процессе методологическая аргументация используется весьма широко. Все судопроизводство построено на принципе доверия к уголовно-процессуальному методу получения информации. Метод возведен в ранг не просто процедуры-технологии, а в ранг процедуры-ценности, стоящей в одном ряду с объективностью, истинностью, справедливостью. Противники прямого использования данных ОРД в уголовном процессе, судя по эмоциональному окрасу их публикаций, защищают как раз последнюю сторону процессуального метода. В уголовном процессе метод является – аксиомой. Тщательное соблюдение уголовно-процессуальной процедуры предполагает, таким образом, получение истинного результата.

Вместе с тем, несмотря на ценность (почти святость) уголовно-процессуального метода никому не приходит в голову в обязательном порядке перепроверять им результаты судебно-медицинской и прочих экспертиз. Результат познавательной деятельности эксперта может быть принят в качестве доказательства и без проверки. Здесь мы наблюдаем

<sup>341</sup>Цит. по Ивин А.А. Основы теории аргументации. – М., 1997. – С. 89-90.

классический случай уголовно-процессуальной интерпретации конечного результата (информационного продукта) компетентной деятельности эксперта.

Но давайте представим на месте эксперта – оперативного уполномоченного. Он тоже представляет на суд участников, ведущих процесс, результат своей компетентной деятельности – результат ОРД. Однако, как видно из предыдущего содержания, результат ОРД как раз и не воспринимается в качестве результата (в полном смысле этого слова). Следователь и судья зачастую относятся к нему не как к «кирпичу», который можно применить в постройке конкретного уголовного дела, а лишь как к глине, из которой этот кирпич надобно будет лепить по процессуальной технологии. Замена фигуры оперативного уполномоченного фигурой начальника соответствующего оперативно-розыскного подразделения ничего не меняет.

Подобное положение, как представляется, опять же есть проявление проблемы метода. Современная уголовно-процессуальная парадигма пока не рассматривает оперативно-розыскной метод, в качестве надежного способа получения достоверной информации. Принятие законов об ОРД не поколебало догматы теории доказательств о том, что оперативная информация, как и другие фактические данные, не имеющие процессуальной формы, присущей доказательствам определенного вида, не могут заменить доказательственную информацию<sup>342</sup>; оперативные материалы могут лишь указывать на местонахождение информации, которая возможно будет иметь доказательственное значение<sup>343</sup>; они носят сугубо ориентирующий характер<sup>344</sup> и ни какая проверка в соответствии с уголовно-процессуальным законом ничего не меняет.

<sup>342</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С. 233.

<sup>343</sup>Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. – С. 272-273.

<sup>344</sup>Стецовский Ю.И. Если человек обвинен в преступлении. – М., 1989. – С. 14.

Подобное положение вещей, нам представляется не соответствующим норме. Современное состояние преступности и такие крайние ее формы как терроризм поднимают на поверхность вопрос о необходимости пересмотра методологии уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности.

Прообраз выхода из ситуации можно увидеть в истории российской процессуальной науки. Незадолго до Октябрьской революции – тогда, когда и термина ОРД еще не существовало – в правовой теории зачиналась интересная идея, впоследствии уточненная советскими процессуалистами и фактически превращенная ими в идею другого уровня. Речь идет о свободе метода органов дознания. По Уставу 1864 г. дознание не являлось процессуальной деятельностью. «Порядок и образ действий полиции по производству дознания, – писал И.Я. Фойницкий, – закон избегает регламентировать с точностью, ограничиваясь указанием высших мер, власти ее предоставленных, – для того именно, чтобы не стеснить полицию в этой деятельности, по существу своему требующей быстроты и целесообразности соответственно изменяющимся обстоятельствам»<sup>345</sup>.

**В процессе совершенствования Устава уголовного судопроизводства были выработаны предложения, рекомендовавшие различать дела, по которым предварительное следствие обязательно, от дел, где оно не обязательно. В отношении первых предлагалось сохранить систему действующего законодательства, допускающую производство следственных действий полицией только при условии неотложности. Что же касается дел, где производство следствия не обязательно, то по отношению к ним комиссия признавала возможным предоставление полиции права предпринимать следственные действия не только при условии их безотлагательности.**

<sup>345</sup>Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства в 2-х т. Т.2. – Спб, 1996. – С. 381.

В связи с этим, предлагалось придавать актам полиции значение следственных и разрешать оглашать их на суде<sup>346</sup>.

Современная наука пока не находит способа использования результатов ОРД в качестве доказательств без предварительной трансформации. Но поиск продолжается. Выше мы вспоминали опыт законодателя Казахстана по расширению перечня источников доказательств за счет включения в него данных, добытых оперативно-розыскным путем. Для преодоления возникших при этом практических трудностей предлагались различные варианты. Особенно любопытным было предложение, суть которого заключалась в следующем: материалы оперативной проверки должны подвергаться комиссионной экспертизе экспертов, имеющих познания в области уголовно-процессуального права и оперативно-розыскной деятельности; экспертиза проводится в соответствии с правилами назначения и производства экспертиз, предусмотренных УПК<sup>347</sup>.

Авторы этого предложения, как нам представляется, пытались притянуть оперативного работника к статусу сведущего лица – эксперта и тем самым преодолеть проблему безраздельности уголовно-процессуального метода получения информации и генезисный подход к ее оценке. Они может быть и продолжили свои эксперименты, если бы казахстанский законодатель не поспешил вернуться к прежней системе источников доказательств.

Несмотря на многие трудности объективного и субъективного толка проблема более широкого (творческого) использования результатов ОРД в уголовно-процессуальной деятельности и прежде всего в доказывании остается чрезвычайно актуальной. Эффективность ее разрешения будет зависеть от многих причин, в том числе, и от тех подходов, которые будут применены для разрешения проблемы. Перспективным подходом к

<sup>346</sup>Духовской М.В. Русский уголовный процесс.– М., 1908. – С. 276-277.

<sup>347</sup>Джусупов А., Биятов Т. Указ. работа. – С. 14.

разрешению проблем информационного взаимодействия ОРД и УСП можно рассматривать – уголовно-процессуальную интерпретацию результатов ОРД.

### 3.4. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД

По ходу изложения мы неоднократно обращались к термину «интерпретация», мотивируя это тем, что в создании информационного продукта – результата ОРД – велика роль человеческого начала. В процессе добывания и переработки криминальной информации оперативный работник и его окружение не просто перекачивают информацию от места ее возникновения (следов) к потребителю (следователю, судье). Они наполняют ее определенным смыслом. В этой связи возникает вопрос: должен ли следователь стремиться постигнуть именно этот смысл, или, напротив, он должен стремиться перешагнуть через него (проигнорировать) и приблизиться собственно к информации? Возможно ли познать явления через информационные источники, которые не могут передавать информацию, предварительно не осмыслив ее (источники личной природы). Для ответа на эти и другие вопросы мы решили обратиться к всевозможным толкованиям термина «интерпретация», который интуитивно связывается нами с перечисленными процессами.

Термин «интерпретация» достаточно распространен в философских науках. Им обозначается одно из ключевых понятий герменевтического подхода. Последний, традиционно используемый для толкования текстов, сегодня применяется для осмысления различных сфер жизни общества<sup>348</sup>. Все чаще идеи герменевтики проникают в сферу правовой науки: они активно изучаются исследователями проблем юридического толкования<sup>349</sup>;

<sup>348</sup>См., например: Василенко И.А. О возможностях политической герменевтики // Вопросы философии. – 1999. – № 11. – С. 3-12.

<sup>349</sup>Карташов В.Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Ч. 4. Интерпретационная юридическая практика. Текст лекций. – Ярославль, 1998.

процессуалистами герменевтический подход опробован при объяснении природы некоторых следственных действий<sup>350</sup>.

Начиная разговор об уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД и невольно попадая в сферу излучений герменевтического подхода, мы, однако, не станем возводить теоретические построения на идеях корифеев современной герменевтики<sup>351</sup>. Тем не менее подспудно они несомненно будут присутствовать, поскольку свои размышления мы начнем – с интерпретации слова «интерпретация».

Указанный термин имеет большой диапазон значений. «Толковый словарь русского языка» разъясняет его смысл через глагол «интерпретировать», означающий – истолковать (истолковывать), раскрыть (раскрывать) смысл чего-нибудь, объясняя<sup>352</sup>. Аналогично – как «толкование и объяснение» – «интерпретация» расшифровывается в Энциклопедическом словаре<sup>353</sup>. Однако приведенные значения, являющиеся наиболее распространенными, не исчерпывают всех оттенков исследуемого понятия. В толковых словарях иностранных слов, наряду с указанными, имеется несколько дополнительных вариаций: «перевод на более понятный язык; творческое исполнение какого-либо художественного произведения, основанного на самостоятельном толковании; творческое освоение художественного произведения, связанное с его особым прочтением в обработках, в художественном чтении, режиссерском сценарии, актерской роли, музыкальном исполнении и т.д.; метод литературоведения: истолкование смысла произведения в определенной культурно-исторической ситуации его прочтения»<sup>354</sup>.

<sup>350</sup>Суслов В.В. Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 117-118.

<sup>351</sup>Гадамер Х. -Г. Истина и метод. – М., 1988; Рикер П. Герменевтика. Этика. Политика. – М., 1995, Его же. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. – М., 1995 и др.

<sup>352</sup>Ожегов С.И. Словарь русского языка. – С. 217.

<sup>353</sup>Энциклопедический словарь / Под ред. Б. А. Введенского.. В 3-х томах. – М., 1953. – С.693

<sup>354</sup>Надель-Червинская М.А., Червинский П.П. Толковый словарь иностранных слов. –

Своеобразно трактуют «интерпретацию» философские словари: как – совокупность значений (смыслов), придаваемых каким-либо элементам определенной теории<sup>355</sup>; каждое такое значение также называется интерпретацией данного выражения, формулы или символа»<sup>356</sup>.

Из приведенных трактовок «интерпретации» для нужд нашего исследования представляются значимыми: а) раскрытие смысла (истолкование); б) разъяснение смысла путем объяснения; в) перевод на более понятный язык; г) особое творческого исполнение; д) особое творческое освоение; е) совокупность значений (смыслов).

Указанные значения, на наш взгляд, можно разделить на две неравные группы. Первая будет охватывать значения, характеризующие «интерпретацию» как процесс (значения: а–д). Ее мы условно обозначим как «динамическую интерпретацию». Вторая группа (е) вместит в себя понимание «интерпретации» – как результата истолкования. Для названия этой группы вполне подойдет термин – «статическая интерпретация».

В ходе освоения окружающей действительности динамическая и статическая интерпретация тесно переплетаются. При широком подходе к осмыслению информационных процессов практически невозможно определить, что первично – динамическая или статическая интерпретация. Для того, чтобы истолковывать и объяснять необходимо действовать, то есть осуществлять динамическую интерпретацию, но с другой стороны, приращение информации невозможно без исходной базы данных, следовательно, интерпретатор должен опираться на определенные сгустки материализованной информации (информационный продукт), являющиеся по сути статической интерпретацией.

Смоделируем ситуацию применительно к оперативно-розыскной деятельности. Оперативный работник получает информацию о криминальных изменениях в окружающей среде двумя возможными

Ростов-на-Дону, 1995. – С. 152. Словарь иностранных слов и выражений. – М.: Олимп, 1997. – С. 186.

<sup>355</sup>Философский энциклопедический словарь.– М.: ИНФРА-М, 1997. – С. 184.

<sup>356</sup>Философский энциклопедический словарь. – М. Сов. Энциклопедия, 1983. – С. 215.

путями: непосредственно и опосредованно. При непосредственном обнаружении криминальных перемен сотрудник начинает постигать их, т.е. осуществлять первичную динамическую интерпретацию, которая заканчивается перекодированием полученных им сигналов в материальную форму, например, в форму рапорта, в котором фиксируются результаты интерпретации. Информация, содержащаяся в рапорте, будет статической интерпретацией. Она послужит отправной точкой для последующих динамических интерпретаций. Таким образом, прослеживается определенная связь – динамическая интерпретация материализуется посредством интерпретации статической.

При опосредованном получении сигналов о криминальных переменных оперативный работник интерпретирует не сами эти переменные, а их интерпретацию другим субъектом. Например, он получает сообщение от доверенного лица (статическую интерпретацию) и принимает какие-то действия по уяснению события (динамическая интерпретация). Динамическая интерпретация (в большинстве своем процесс, происходящий на уровне сознания) должна всякий раз проявлять себя на материальном уровне посредством статической интерпретации. Это, кроме прочего, необходимо для дальнейшей объективизации субъективной динамической интерпретации. По сути, результат ОРД и есть статическая интерпретация, как итог предшествующих динамических интерпретаций.

В любом случае интерпретация – это деятельность человека (процесс–результат). Она имеет место там, где речь идет об информационных процессах, протекающих на идеальном уровне. Для уяснения этого обратимся к понятию динамической интерпретации. Смыслы, вкладываемые в нее, по нашему мнению, можно подразделить на две подгруппы:

а) интерпретация как деятельность, связанная с манипуляцией языковыми знаками: замена непонятных терминов доступными для понимания и тождественными по значению формулировками; подбор эквивалентов слов с приближенными значениями и т.д. В этом значении

«интерпретация» представляет умственную и языковую практику с использованием общедоступных средств. Результаты этой интерпретации могут быть поняты рациональными средствами, то есть – разумом.

б) интерпретация как деятельность, направленная на преобразование внешнего восприятия интерпретируемого объекта при помощи неязыковых знаков, например, особое исполнение музыкального или художественного произведения. Указанное преобразование происходит при помощи творческого инструментария, присущего той сфере деятельности, в которой функционирует субъект-интерпретатор. Цель интерпретации в данном случае – вложение нового смысла в старую форму, либо, напротив, донесение имевшегося смысла посредством изменения внешней формы. Возможны здесь и иные цели, например, – донесение глубинного смысла, который либо вообще не может быть выражен в словесной форме, либо выражение его словами ущербно для сути. Понимание результатов этой интерпретации происходит преимущественно иррационально — на уровне эмоций («понимание сердцем»).

Исходя из сказанного, интерпретация может быть также разделена на рациональную и иррациональную. При поверхностном осмыслении этих видов интерпретации может показаться, что уголовно-процессуальные процедуры связаны только с ее рациональными формами. Однако представляется, что для иррациональной интерпретации в уголовном процессе также отыщется место. Она на наш взгляд неизбежно присутствует при восприятии гражданином внешней ритуально-обрядовой стороны уголовного судопроизводства<sup>357</sup>.

Рассуждения о рациональном и иррациональном возвращают нас к понятию результат ОРД и еще дальше – к информационному продукту, которые, по нашему мнению, должны содержать не только информацию, которую можно материализовать и истолковать, но и нечто иное, что способствовало бы лучшему восприятию сведений.

<sup>357</sup>Подробнее см.: Поляков М.П. О ценности обрядовой стороны уголовного судопроизводства // Государство и право. – 1999. – № 9. – С. 87-92.

Для обозначения этого «нечто» в науке используется термин – *фасцинация*. Фасцинация, как мы ее понимаем, это та часть сообщения, которая не увеличивает запас знаний адресата, но меняет его состояние. Есть сообщения, например, музыка, абстрактная живопись, содержащие исключительно фасцинацию – из них адресат не извлечет никакой информации, хотя он откликнется на эти сообщения. Вместе с тем, эта же музыка может нести информацию, для человека, если она используется в качестве условного сигнала и т.п.

«Фасцинация является кодом, «настраивающим» адресата на прием содержащейся в сообщении информации. Не несущий никакой фасцинации текст, скорее всего не будет воспринят адресатом из-за отсутствия установки на понимание. Наоборот, информация, особо релевантная для адресата, может играть для него фасцинирующую роль»<sup>358</sup>.

Эффект фасцинации составляет основу такого принципа информационного взаимодействия, как – привлекательность информации.

Оперативный работник должен помнить, что он создает информационный продукт и при его изготовлении думать о тех, кому он предназначается. Информативность, естественно, на первом месте. Однако необходимо заботиться и об обеспечении настроения адресата. «Настрой на конкретную информацию поможет ... выявить ее из абсолютно всего»<sup>359</sup>.

Динамическая интерпретация может также различаться по своей направленности на внутреннюю и внешнюю. Внутренняя осуществляется непосредственно для нужд интерпретатора (истолкование). Внешняя – деятельность интерпретатора, направленная во вне, и осуществляемая для третьих лиц. О ней можно вести речь, когда интерпретатор выступает в качестве официального средства интерпретации и уяснение информации непосредственно третьими лицами – либо нежелательно, либо недопустимо.

<sup>358</sup>Мухелишвили Н.Л., Сергеев В.М., Шрейдер Ю.Д. Дискурс отчаяния и надежды: внутренняя речь и депрагматизация коммуникации // Вопросы философии. – 1997. – № 10. – С. 51.

<sup>359</sup>Богданович. В.Н. Целительные силы кармы. – Ростов н/Д., 1997 – С. 54.

Процесс интерпретации сопровождает весь ход оперативно-розыскной деятельности. В конце оперативного процесса в качестве результата мы, как уже отмечалось, имеем статическую интерпретацию в виде документа. Именно этот документ впоследствии будет предложен для уголовно-процессуальной интерпретации. Ограничитель: «уголовно-процессуальная» означает, что интерпретация результатов ОРД: во-первых, должна быть подчинена целям уголовного процесса; во-вторых, для толкования оперативно-розыскной информации используются преимущественно уголовно-процессуальные средства, в том числе и понятийный аппарат.

Вместе с тем, мы не станем категорично говорить о наличии определенной уголовно-процессуальной формы интерпретации. В рамки формы может быть «загнана» только интерпретация в виде преобразования языковых знаков. Иррациональные же формы интерпретации формализации не поддаются, что не мешает им быть использованными в уголовном судопроизводстве.

Термин «интерпретация» вводится нами в методологических целях, для того чтобы вернуть уголовному процессу то творческое начало, которое, по нашим догадкам, было изначально присуще его духу. Одно из значений интерпретации – импровизация, особое осмысление информационного продукта. Поэтому не стоит разрывать практическую и мыслительную (логическую и психическую) сторону интерпретации. В реальной жизни эти стороны составляют единый процесс, который очень напоминает доказывание по уголовному делу и особенно оценку доказательств. Вместе с тем, доказательственная полезность результатов ОРД далеко не исчерпывает предмета их уголовно-процессуальной интерпретации.

Уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД как мыслительная деятельность имеет диагностическую и прогностическую направленность. В первом случае она представляет собой истолкование результатов ОРД в целях определения их уголовно-процессуальной

пригодности. Во втором – истолкование в целях определения практической необходимости использования результатов ОРД.

Интерпретация как практическая деятельность во многом обуславливается предшествующими ей мыслительными операциями. В зависимости от прогноза по дальнейшему использованию результатов ОРД подбирается соответствующий инструментарий. Способы практической реализации результатов уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД различны. Там, где уголовный процесс допускает оперирование вероятными данными, для нее имеется больший простор. С возрастанием ценности достоверности возрастает и требовательность, в том числе и к ее формальной стороне. Однако цель УПИ не должна сводиться к переформатированию информации, полученной оперативно-розыскным путем. УПИ – это в первую очередь работа с содержанием.

Содержание информационного продукта ОРД, как правило, информация обвинительного толка. Именно на поиск уличающих и разоблачающих данных нацеливает исполнителей закон об ОРД. И официальный интерпретатор результатов ОРД это всегда сторона обвинения. Сторона защиты может быть допущена к оперативной информации только после ее процессуальной интерпретации.

Отсюда следует, что результат интерпретации, по общему правилу, будет обвинительным. Правда, сейчас можно встретить рассуждения о том, что ОРД стоит рассматривать и как способ защиты доброго имени гражданина<sup>360</sup>. Согласимся, что можно, оговорившись лишь, что «оперативное оправдание» заподозренного лица вряд ли выступает целью ОРД. Это скорее проявление общей симпатии компетентных органов к экономии публичной реабилитации лиц, прошедших через механизм уголовно-процессуального воздействия. Система уголовной юстиции, случается, избирает именно замаскированное оправдание невиновных.

<sup>360</sup>Томин В.Т. О противоречиях между правом граждан и общества на информацию об уголовном судопроизводстве и правом на защиту неприкосновенности частной жизни // Юридическая техника и проблемы дифференциации ответственности в уголовном праве и процессе. Сб. научн. статей. Ярослав. гос. ун-т. – Ярославль, 1999. – С. 131-140.

Смысл маскировки – скрыть несостоятельность компетентных органов в случае «провала» обвинительного тезиса. Оправдание подсудимого в суде – это повод для обвинения сотрудника, подписавшего обвинительное заключение. Информационная разница (разница вероятностей принятия решений на предварительном расследовании и в судебном разбирательстве) в расчет, как правило, не принимается.

Однако отнесение информации к обвинительной и оправдательной зависит от контекста расследования. УПИ это прежде всего средство обнаружения истины. Цепочка последовательных интерпретаций, по мысли законодателя, должна способствовать принятию обоснованного решения.

Следует отметить, что среди официальных интерпретаторов в уголовном процессе имеется иерархия. Наверху интерпретационной пирамиды находится суд. Одна фраза: «Суду всё ясно», – может заменить выводы нескольких сведущих лиц. Практика помнит случаи, когда эксперты затруднялись в идентификации по голосу и изображению подсудимого и лица, «похожего на последнего» – исследовались видео-аудиоматериалам, предоставленным оперативными органами, – а суду было «всё ясно» при просмотре оперативно-розыскной продукции непосредственно в зале суда.

Неофициальная интерпретация законом, как правило, не признается. Вероятно, по этой причине чистосердечное признание обвиняемого не может быть положено в основу обвинения без подтверждения другими доказательствами (продуктами официальной интерпретации).

Отталкиваясь от сказанного, можно рассуждать о том, что проблема уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД, это скорее проблема интерпретатора. Задача последнего заключается не только в том, чтобы понять для себя картину криминального события, но и в том, чтобы ретранслировать это понимание в аудиторию. Следователь, интерпретируя и понимая, облучает этим своим состоянием подследственного, убеждая его подспудно в достижении цели расследования. Суд должен убедить,

опять же не выпячивая подобной цели, присутствующих в зале суда в том, что совершать преступление нельзя. Но это глобальные цели, которые могут достигаться не только путем субъективных дарований интерпретатора, но и посредством скрупулезного соблюдения процессуальной формы и в первую очередь ее внешних атрибутов.

Существенная роль субъекта интерпретации обостряет проблему подготовки кадров. Представляется, что интеллектуальная подготовка должна быть поставлена на уровень боевой подготовки. Выпускник специального вуза, после его окончания должен иметь не только навыки рукопашного боя, но и навыки (именно навыки, а не информацию о них) интеллектуального соперничества с криминальным миром. В этой связи будущие оперативники и следователи должны овладеть азами информационной культуры, включающей в себя как приемы формальной логики, так и знание основ интерпретационной практики, например, герменевтических кругов при толковании текстов и т.п.

Введение в научный оборот понятия УПИ это не просто желание усложнить язык уголовно-процессуальной науки<sup>361</sup>. Это поиск иного подхода к использованию продуктов информационного взаимодействия ОРД и УСП. Понятие УПИ это – понятие-разведчик. При его помощи мы не столько описываем феномена уголовно-процессуального использования результатов ОРД, сколько пытаемся нащупать, отыскать новые существенные оттенки (возможности) указанного использования. В последующем понятие «уголовно-процессуальной интерпретации» наверняка обретет вид операциональной дефиниции. Но в настоящем пособии оно выполняет эвристическую функцию.

В определенном смысле термин «интерпретация» призван сыграть и «подрывную» роль». Не отрицая значимости формы данный термин подчеркивает важность содержания, подталкивая, таким образом, науку к переосмыслению железного процессуального правила: прежде форма потом содержание. Уголовный процесс не должен «расточительно»

<sup>361</sup>Преднамеренное усложнение стиля языка науки В.З. Коган очень точно определил как – «вербально-терминологический снобизм». Коган В.З. Указ. работа. – С. 57.

относится к информации, не укладывающейся в общепринятую схему допустимости. Определенные подвижки в этом направлении уже наблюдаются. Вспомним хотя бы идею «свободного доказательства».

У нас есть основания полагать, что уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД – это методология недалекого будущего, которая позволит достичь более гармоничного взаимодействия полюсов информационного противоречия.

## ПРИЛОЖЕНИЯ

### *Приложение 1.*

**М.П. Поляков**

**КОНЦЕПЦИЯ ЭФФЕКТИВНОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА В РАБОТАХ В.Т. ТОМИНА «УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО: РЕВОЛЮЦИЯ ПРОДОЛЖАЕТСЯ» И «ОСТРЫЕ УГЛЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА»**

Теория эффективного уголовного процесса зародилась не вчера. Концептуальные положения, послужившие ее отправными пунктами и положенные в основу настоящей книги, были сформулированы проф. В.Т. Томиным в монографии «Уголовное судопроизводство: революция продолжается»<sup>362</sup> более десяти лет назад. Оригинальное название работы возникло вследствие авторской убежденности, что для кардинальной перестройки уголовного судопроизводства непременно нужна революция; что только революционные преобразования могут явить миру «юридическое чудо – первый в мировой истории уголовный процесс, который бы не только декларировал, но и реально обеспечивал неотвратимость ответственности»<sup>363</sup>.

Однако позже В.Т. Томин, после «зрелых размышлений»<sup>364</sup>, пришел к выводу, что надобно говорить не о революции, а о реформе. «Революция – это ломка законов. Мы же их совершенствуем. В этом препоны на пути радикализации изменений»<sup>365</sup>. Но отказ от терминологии, не означал отказа от революционных предложений по повышению эффективности уголовного процесса.

<sup>362</sup>Томин В.Т. Уголовное судопроизводство: революция продолжается. – Нижний Новгород, 1989. – 112 с.

<sup>363</sup>Томин В.Т. Указ. работа. – С. 18.

<sup>364</sup>Так оценил собственные размышления В.Т. Томин.

<sup>365</sup>Томин В.Т. Острые углы доктринального обеспечения радикальной реформы уголовного судопроизводства // Цель и средства в уголовном судопроизводстве. – Н. Новгород, 1991. – С. 3.

Дальнейшее развитие концепция эффективного уголовного процесса получила в работе «Острые углы уголовного судопроизводства»<sup>366</sup>. Книга эта более известна читателю (не нижегородскому), чем ее концептуальная предшественница, поскольку была выпущена самым авторитетным в те годы столичным издательством «Юридическая литература». В «Острых углах ...» развернуто представлены идеи оптимизации уголовного судопроизводства, конспективно обозначенные в предыдущей «революционной» монографии<sup>367</sup>.

В качестве эпиграфа В.Т. Томин избрал слова из «народной юриспруденции»: «Хорошо быть строгим. Лучше быть добрым. Еще лучше – справедливым». Этот афоризм как нельзя лучше резонирует с центральной проблемой современного уголовного процесса, суть которой заключается в том, что уголовное судопроизводство – несправедливо.

Несправедливость уголовного процесса, как следует из содержания работы, обусловлена низкой эффективностью названной деятельности. Поэтому основная исследовательская задача, которую поставил перед собой автор, заключалась в обнаружении точек утечки эффективности в технологической цепочке обеспечения справедливости средствами уголовного процесса. Выяснилось, что сбои присущи каждому звену этой цепочки.

Во-первых, уголовный процесс не может быть эффективным, если криминальная информация не актуализируется. «Не во всех случаях от преступления исходят информационные сигналы, способные запустить механизм уголовного судопроизводства» (С. 10).

Значительные потери эффективности уголовный процесс несет и на стадии улавливания информации правоохранными органами (это второе звено). Часть заявлений о преступлении отталкивается самой

<sup>366</sup>Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. – М., 1991. – 240 с.

<sup>367</sup>Учитывая большую доступность «Острых углов ...», в ходе дальнейшего изложения мы будем опираться на содержание этой книги.

правоохранительной системой (С. 11). Возникает ситуация, именуемая В.Т. Томиным «отбором заявок на обслуживание», «игрой в пятнашки».

Третьим пунктом потерь эффективности выступает само уголовное судопроизводство. Здесь тоже масса сбоев. «Уголовное дело возбуждено, однако, это, к сожалению, не означает, что тем самым уже выкована цепь, которая с неотвратимостью прикует лицо, нарушившее уголовно-правовой запрет, к предусмотренной этим запретом мере ответственности» (С. 13).

Эти сбои в конечном итоге приводят к тому, что «краеугольный камень справедливости в уголовном судопроизводстве – требование неотвратимости наказания за совершение преступлений – не реализуется» (С. 13). Это заключение порождает другое печальное резюме – «государство дурно исполняет принятую на себя обязанность охранять своих граждан» (С. 19).

Глубокие размышления о причинах неэффективности уголовного процесса приводят В. Т. Томина к выводу, что корень их кроется в неадекватном разрешении реально существующих жизненных противоречий.

«Первое противоречие – между потребностями общества в социальной справедливости и возможностями правоохранительной системы.

Второе – между задачей обеспечить неотвратимость ответственности лиц, совершивших преступления (цель), и обязанностью блюсти законные интересы лиц, вовлекаемых в УСП.

Третье – между предназначенностью УСП для проведения государственной политики и необходимостью обеспечить независимость следователей, прокуроров, судей от других государственных и общественных органов.

Четвертое – между необходимостью в специальных людях, осуществляющих эту деятельность, и предубежденностью против них.

Пятое – между нуждой в преобразованиях УСП и консерватизмом этой системы как необходимым условием ее устойчивости.

Общее для этих противоречий – при всех различиях между ними – в том, что для их разрешения недостаточно усилий одной лишь правоохранительной системы» (С. 26).

Первое по счету и, может быть, по важности противоречие современного уголовного судопроизводства: между потребностями общества в социальной справедливости и возможностями правоохранительных органов. Слагаемые этого противоречия:

1) в стране не срабатывает система социальной профилактики, способная уменьшить потребность в собственно правоохранительной деятельности.

2) в стране сегодня чрезмерное количество уголовно-правовых запретов. Даже если вдвое увеличить число сотрудников правоохранительных органов, просто выявить, не говоря уже о том, чтобы расследовать и разрешить, все случаи нарушений всех этих запретов не удастся;

3) в правоохранительной деятельности крайне низка производительность труда» (С. 27).

Десять лет, которые прошли после выхода книги, не изменили проблемной ситуации. Все сказанное, до последнего слова, подходит и для характеристики сегодняшнего положения в уголовном процессе.

Будучи озабоченным проблемой эффективности уголовного процесса, В.Т. Томин, тем не менее, предостерегает от соблазна следовать экстенсивным путем. Проблема низкой эффективности не может быть решена лишь путем увеличения штатной численности правоохранительных органов. Хотя может показаться, что именно так она и должна решаться. Дело в том, что «среда функционирования не в состоянии обеспечить заполнение увеличиваемой штатной численности

работниками с требуемыми личностными качествами» (С. 31).

Выход из создавшегося положения видится В.Т. Томину в последовательном соблюдении в следственной работе и в уголовном судопроизводстве в целом требований, относящихся вообще к работе и вообще к производству: нормативов научной организации труда и достижения науки управления, широкого внедрения в следственную, прокурорскую и судебную практику достижений социальных, естественных и технических наук, на пути комплексного разрешения сложившейся проблемной ситуации (С. 44).

«Комплексное разрешение сложившейся проблемной ситуации должно включать в себя систему компонентов, направленных на резкую экономию квалифицированного труда и на экономию затрат всякого труда при производстве предварительного расследования и судебного разбирательства, причем такую экономию, которая не только не ухудшала бы условия достижения цели уголовного процесса, обеспечения законных интересов личности в уголовном судопроизводстве и соблюдения режима социалистической законности, но и улучшала бы эти условия.

Основные компоненты предлагаемой системы:

1) приведение понятия цели уголовного процесса (ч. 1 ст. 2 Основ уголовного судопроизводства) в соответствие с его сущностью и задачами уголовного судопроизводства. Согласование всех процессуальных институтов и норм с интересами достижения цели уголовного процесса;

2) резкая, не менее 50%, декриминализация деяний, ныне являющихся уголовно наказуемыми. Последовательное проведение в жизнь принципа экономии уголовной репрессии;

3) последовательная дифференциация форм уголовного судопроизводства. Ломка стереотипов;

4) рационализация процедур уголовного судопроизводства. Ломка

стереотипов.

5) снятие пут и предрассудков с применения в уголовном процессе научно-технических средств (НТС); применение их должно способствовать увеличению продуктивности уголовно-процессуальной деятельности;

6) последовательная разработка и внедрение нормативов НОТ и НОУ в уголовном судопроизводстве. Разделение труда в уголовно-процессуальной деятельности. Резкое сокращение на этой базе числа лиц, обладающих властными полномочиями;

7) усиление социального контроля за судопроизводством. Участие народного элемента в уголовной юстиции – больше деловитости и меньше декларативности. Гарантии гласности;

8) Отлаживание механизма взаимодействия с учреждениями массовой информации. От взаимного непонимания, недоверия и дисфункциональности – к сотрудничеству;

9) расширение (качественный скачок) участия адвоката в уголовном судопроизводстве» (С. 45).

На наш взгляд, сегодня можно говорить лишь о реализации девятого пункта указанного перечня. Что касается остальных положений, то их выполнение (точнее невыполнение), по нашему мнению, находится на том же уровне, что и раньше. А по некоторым пунктам, например, по седьмому, вообще следует говорить о регрессе.

В «Острых углах ...» В.Т. Томин детально описывает свое видение способов актуализации указанных компонентов. Большинство предложений до сих пор остаются нереализованными, что, однако, не снижает их актуальности.

Оригинальны авторские подходы к разрешению второго, третьего и четвертого противоречий. Они также не утратили своей значимости. Мы намеренно не описываем суть этих предложений, поскольку сила их не

только в сути, но и в нюансах. А всевозможных практически значимых оттенков в книге немало.

Пятое противоречие – между нуждой в преобразованиях и консерватизмом системы – представляет собой мостик от концепции эффективного уголовного процесса к его теории. «Консерватизм, – пишет В.Т. Томин, – не является однозначно отрицательным элементом противоречия. Более того, в условиях возрастания субъективного фактора консерватизм подчас может явиться лонжей, страхующей от бед чрезмерных преобразований. Поэтому способ разрешения этого противоречия – компромисс» (С. 197.)

Можно сказать, что «компромисс» в некотором роде является методологическим принципом теории эффективного уголовного процесса. Ее основоположник В. Т. Томин вообще не равнодушен к принципу «дополнительности» (Н.Бор). Это помогает ему при разработке выходов из проблемной ситуации максимально сохранять энергопотенциал обоих полюсов «жизненных противоречий» уголовного процесса. Истина, как известно, находится посередине.

Говоря о пятом противоречии, В.Т. Томин четко определяет задачи теоретиков и практиков; напоминает ученым о том, что наука начинается там, где она говорит «нет» практике (С. 207). Важнейшим пунктом концепции эффективного уголовного процесса называется также «перевоспитание правоведов – практиков и теоретиков».

Сама работа имеет немалое научно-воспитательное значение. На ней «выросли» многие ученики В. Т. Томина. Если посмотреть на тематику диссертаций, защищенных под его руководством в последние десять лет, то легко обнаружить, что «ноги» диссертационных работ растут из «Острых углов» и «Революции».

Кроме того, «Острые углы» прекрасное пособие по методологии научного исследования, иллюстрация мастерства постановки проблем и

отыскания путей их разрешения. В книге отчетливо показано, что нет проблем узкодисциплинарных: уголовно-процессуальных, криминалистических и т.д., есть просто проблемы, требующие своего разрешения. И уголовный процесс лишь один из инструментов разрешения проблемной ситуации.

Скоро «Острые углы ...» отметят свой десятилетний юбилей. Для многих научных публикаций это возраст критический, ибо, если верить известному науковеду Д. Прайсу, то полезная работа научной информации заканчивается примерно через десять лет<sup>368</sup>. Однако «Острые углы ...» В.Т. Томина – прекрасное исключение из этого правила. Монография по-прежнему является источником свежих идей, теоретическая и практическая реализация которых обеспечит работой еще не одно поколение представителей нижегородской школы процессуалистов. Покуда жива будет школа, востребованы будут и «Острые углы ...».

## **Приложение 2.**

### **Словарь некоторых терминов, употребляющихся в книге<sup>369</sup>**

*Определите значение слов – и вы  
избавите человечество от половины его заблуждений.*

*Рене Декарт*

<sup>368</sup>Коган В.З. Маршрут в страну информологию. – М., 1985. – С. 99.

<sup>369</sup>Объяснения и расшифровки, содержащиеся в настоящем словаре, не претендуют на универсальность. Они предназначены для облегчения пользования настоящей книгой. Авторы не претендуют на то, что предлагаемые ими дефиниции и толкования являются абстрактно, а тем более абсолютно, лучшими. Просто, по их мнению, принятые ими дефиниции и толкования являются наиболее подходящими для того, что они хотят сказать в этой книге.

*Документ* – материальный объект с информацией, закреплённой созданным человеком способом для её передачи во времени и пространстве /ГОСТ 16487-83/

*Документирование* – выявление, фиксация и сохранение оперативно-розыскной информации и ее источников и обеспечение возможности ее использования для предупреждения, пресечения и раскрытия преступления, розыска преступников, пропавших без вести, а также принятия к лицам мер, предусмотренных законом.

В законе об ОРД (ст. 10) термином «документирование» обозначается процедура заведения дел оперативного учета.

*Интерпретация уголовно-процессуальная* – комплекс процедур, связанных с обработкой информации, в целях ее использования для достижения цели уголовного процесса. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов ОРД – процесс истолкования полученных оперативно-розыскным путем результатов как в отношении их содержания, так и формы, с позиций целесообразности и возможности использования их при производстве по уголовному делу.

*Информационный продукт* – документированная информация, подготовленная в соответствии с потребностями пользователей и предназначенная или применяемая для удовлетворения потребностей пользователей

*Информационная среда* – сфера деятельности субъектов, связанная с созданием, преобразованием и потреблением информации

*Информационное взаимодействие* – процесс обмена сведениями (информацией), приводящий к изменению знания хотя бы одного из получателей этих сведений.

*Информация* – /1- законодательное определение/ сведений о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы

их представления. (ст. 2 ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»)

/2/ знания о фактических данных и соотношениях между ними в связи с процессами управления; единство коммуникатора, коммуниканта, канала связи и содержания сообщения. В случае отсутствия любого из этих четырех компонентов информации нет

*Легализация* – придание информации, добытой не процессуальным путем, формы, делающей эту информацию пригодной (допустимой) для использования в качестве доказательств по уголовному делу.

*Наблюдение включенное* -- /1/ Исследователь осуществляет наблюдение за некоей социальной общностью, в том числе профессиональной, членом которой он является вне зависимости от производимого исследования.

/2/ Исследователь с целью наблюдения специально внедряется в какую-либо социальную общность. Яркий пример тому – осуществлённое Н.Н. Миклухо-Маклаем наблюдение жизни папуасов – жителей Новой Гвинеи. Исследователь длительное время жил среди наблюдаемых.

Заметим также, что деятельность агента-информатора – это тоже включенное наблюдение. Правда, в целях уже не научных.

*Подход комплексный* – применение для исследования и описания сложного объекта инструментария различных отраслей знания. Комплексность бывает *распределённой* – в тех случаях, когда различный инструментарий применяется различными специалистами /форма выражения – исследовательский или авторский коллектив/, или *нераспределённой* – когда инструментарием двух или большего числа потребных наук владеет один специалист.

*Подход системный* – см. *система*.

*Проблема* – идентифицированная и осмысленная *проблемная ситуация* /см./, включающая в свою конструкцию /формулировку/ разной степени разработанности рекомендации о путях разрешения последней.

*Проблемная ситуация* – состояние системы, требующее преобразования.

*Результат ОРД* – фактические данные, полученные оперативными подразделениями в установленном законом об ОРД порядке, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших правонарушение, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, а также о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности РФ.

*Система* – термин популярен и многозначен. В настоящем исследовании, если специально не оговорено иное, он используется в двух значениях.

/1/ Целостное состоящее из ряда обязательных компонентов имеющее структуру образование, функционирующее для достижения определённой цели. Непременными компонентами *С.* являются: *субъект управления /управляющий параметр/, объект управления*, по крайней мере, *один вход, выход, среда функционирования*.

/2/ Другой подход к определению: *С.* – процесс решения проблемы.

*Термин законодательный* – обозначение понятия, содержащееся в законе. Разновидностью *Т. з.* является обозначение понятия содержащегося в инструкциях и других подзаконных актах.

*Термин конвенциональный* – обозначение понятия /слово или группа слов/ принятое /согласованное/ в той или иной отрасли науки. Оно может расходиться со значением соответствующего слова /группы слов/ в обыденном языке или других отраслях права.

К примеру, термин «принципы уголовного процесса» действующему отечественному законодательству не известен. Тем не менее, он широко применяется в уголовно-процессуальной научной и учебной литературе.

*Третий вид информации* – слова, не имеющие отношения к фактам, разновидность информационного шума. В отличие от правды /слова соответствуют фактам/ и лжи /слова не соответствуют фактам/.

*Шеффены* /нем. Schoffen – заседатель/ – вид судебных заседателей (народный элемент в суде), которые образуют единую коллегию с коронным (профессиональным) судьёй и вместе с ним решают все вопросы по делу. *Народные заседатели* в советской и нынешней российской судебных системах – разновидность Ш.

Используемые в тексте аббревиатуры

ВУД – возбуждение уголовного дела.

МЭО – метод экспертных оценок.

ОРД – оперативно-розыскная деятельность.

УПИ – уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности.

УСП – уголовное судопроизводство.

УУС – Устав уголовного судопроизводства 1864 г.