

УДК 3453.985

Н.С. Железняк

**О ВОЗДЕЙСТВИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ НАУКИ
НА ПРАКТИКУ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО СЫСКА**

N.S. Zheleznyak

**ABOUT THE INFLUENCE OF OPERATIONAL SEARCH SCIENCE
ON PROFESSIONAL INVESTIGATION PRACTICE**

В статье проводится краткий экскурс в оперативно-розыскную науку и сравнительно-правовой анализ понятия жилища как объекта оперативно-розыскного интереса. Автор отмечает, что оперативно-розыскная наука исследует те явления действительности, а также общие и специфические закономерности их возникновения и развития, познание и использование которых позволяет не только разрабатывать фундаментальные проблемы в этой области, но и формировать политику правоприменения в решении задач профессионального сыска. Нормы материального права имеют безусловное преимущество над процессуальными предписаниями. В ситуации оперативно-розыскного проникновения в жилище приоритетным должно выступать положение УК РФ, определяющее жилище как «индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания». С целью единообразного понимания и использования в сфере уголовной юстиции рассматриваемой категории необходимо заменить указанной формулировкой определение понятия «жилище», содержащееся в п. 10 ст. 5 УПК РФ.

Ключевые слова: *оперативно-розыскная наука, жилище, понятие, закон, проникновение, оперативно-розыскная деятельность.*

In the study short digression to operational search science and comparative and legal analysis of the concept of dwelling as the object of operational search interest was carried out. The author notes that operational search science investigates those phenomena of reality, and also general and specific regularities of their emergence and development, knowledge and which use allows not only to develop fundamental problems in this area, but also to form the policy of right application in the solution of problems of professional investigation. The norms of substantive law have unconditional advantage over procedural instructions. In the situation of operational search

penetration into dwelling as the priority the provision of the criminal code of Russian Federation defining a dwelling as "an individual house with inhabited and non-residential premises entering it has to act, the premises irrespective of form of ownership entering into housing stock and suitable for continuous or temporary residence and equal other rooms or the structure not entering into housing stock, but intended for temporary residence". For the purpose of uniform understanding and use in the sphere of criminal justice of considered category it is necessary to replace with specified formulation the definition of the concept "dwelling" from item 10 of Art. 5 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation.

Keywords: *operational search science, dwelling, concept, law, penetration, operational search activity.*



«Ни одна новая наука не может вырасти и сформироваться из ничего. Для формирования науки как системы знаний необходим теоретический и эмпирический фундамент, некая база или основа. Оперативно-розыскная наука – не исключение. Залогом ее успешного и окончательного формирования, а затем развития также служит наличие соответствующей теоретико-эмпирической базы»¹.

Размышляя о теоретической базе оперативно-розыскной науки, нельзя не упомянуть о людях, находившихся у ее истоков в СССР и в дальнейшем в Российской Федерации: А.И. Алексееве, Б.Е. Богданове, Д.В. Гребельском, А.Г. Лекаре, В.А. Лукашове, С.С. Овчинском, В.Г. Самойлове. Их дело продолжили В.Г. Бобров, К.К. Горяинов, Г.К. Синилов, А.Ю. Шумилов, А.Е. Чечетин, автор настоящей работы и некоторые другие исследователи.

Формирование теоретической основы оперативно-розыскной науки, за небольшим исключением², было и продолжает быть связанным с работами ученых и иных заинтересованных лиц³ преимущественно в достаточно узких сферах оперативно-розыскной деятельности (далее –

¹ Теоретико-эмпирическая база ... есть совокупность теоретических трудов и прикладных исследований..., в которых сформулированы фундаментальные положения и отражены обобщенные практически значимые данные, позволяющие обоснованно определить предмет... науки, указать ее место среди других... и наметить перспективы развития. Шумилов А.Ю. Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации: в 3 т. М.: Изд. дом Шумиловой И.И., 2013. Т. 1. Оперативно-розыскная деятельность и формирование науки о ней. С. 214.

² Исключением из общего правила следует признать многоплановые и действительно преимущественно посвященные сысскологии труды А.Ю. Шумилова, например монографию автора «Оперативно-розыскная наука в Российской Федерации» в 4 томах.

³ К иным заинтересованным лицам мы относим проводящих, как правило, эмпирические исследования.

ОРД)⁴. Так, Ю.С. Блинов исследовал проблемы оперативно-розыскного производства по делам оперативного учета, С.С. Галахов – оперативно-розыскного предупреждения преступлений, А.Е. Чечетин – подготовки и осуществления оперативно-розыскных мероприятий, В.Ф. Луговик – информационного обеспечения ОРД, автор настоящей работы – содействия граждан органам, осуществляющим ОРД⁵. И это, на наш взгляд, представляется абсолютно оправданным, так как сосредоточение на конкретной материи не только позволяет исследователю состояться как специалисту в этой области знаний, но и предложить реальные шаги по совершенствованию оперативно-розыскной практики⁶.

Именно поэтому, чтобы вложить, возможно, еще один камешек в фундамент оперативно-розыскной науки и повысить ее влияние на решение практических проблем, в настоящей работе мы предпримем попытку исследовать возможности применения отдельных предписаний российского законодательства при проведении оперативно-розыскного мероприятия (далее – ОРМ): «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств», используя для этого соответствующие нормы права, их толкование высшими судами Российской Федерации и позиции ученых по рассматриваемому и пограничным вопросам.

Так, на практике зачастую возникает потребность проникновения сотрудников оперативного подразделения в здание/помещение, которое может быть признано жилищем. Такие действия без серьезной правовой подготовки ОРМ («обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств») могут быть признаны нарушающими конституционные права граждан, а их результаты с точки зрения доказывания – юридически ничтожными. Поэтому в первую очередь необходимо определиться с тем, какие объекты, в соответствии с российским законодательством, относятся к жилищу.

В ст. 25 Конституции РФ зафиксировано: «Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения».

В рамках осуществления правоохранительных процедур все вроде бы ясно – при наличии оснований получайте соответствующее судебное

⁴ В науке всегда были и будут важные и второстепенные работы, талантливые и не очень талантливые люди. Но наука существует, пока вещи и люди называются здесь своими именами. Борин А.Б. Антология мудрости. М.: Вече, 2007. С. 594.

⁵ Это не означает, что указанные и другие авторы в своих работах не подвергали исследованию какие-либо иные стороны профессионального сыска.

⁶ Генералиссимусу А. Суворову, не потерпевшему ни единого поражения в военной карьере, приписывают авторство пословицы «Теория без практики мертва, практика без теории слепа». Видимо, он как никто другой понимал бесперспективность научных изысканий без внедрения их результатов в практику и эмпирических исследований без использования этого продукта для формирования теории.

разрешение на ограничение рассматриваемого конституционного права и действуйте согласно наработанным оперативно-розыскным методикам⁷ для получения требуемого результата. Однако до настоящего времени законодателем не до конца урегулирован вопрос об отнесении тех или иных помещений к категории жилища. В различных законодательных актах одинаковой силы определение понятия жилища существенно отличается друг от друга.

В ст. 2 «Основные понятия» Закона РФ от 25 июня 1993 года № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» отмечается: *место жительства – жилой дом, квартира, комната, жилое помещение специализированного жилищного фонда либо иное жилое помещение, в которых гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору найма специализированного жилого помещения либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, и в которых он зарегистрирован по месту жительства*⁸. Местом жительства гражданина, относящегося к коренному малочисленному народу Российской Федерации, ведущего кочевой и (или) полукочевой образ жизни и не имеющего места, где он постоянно или преимущественно проживает, в соответствии с настоящим Законом может быть признано одно из поселений, находящихся в муниципальном районе, в границах которого проходят маршруты кочевий данного гражданина»⁹.

Таким образом, рассматриваемый законодательный акт связывает понятие жилища с такими категориями, как *собственник, наниматель, наличие иных законных оснований, регистрация по месту жительства*.

В ст. 15 «Объекты жилищных прав» Жилищного кодекса РФ (далее – ЖК РФ) и Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) представлены совершенно одинаковые дефиниции: «1. Объектами жилищных прав являются жилые помещения. 2. Жилым помещением признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и при-

⁷ К сожалению, приходится констатировать, что Инструкция о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, объявленная Приказом МВД России от 01.04.2014 № 199, имеет невысокий методический ресурс, так как не регламентирует вопросы проникновения в жилище, описывает только гласную форму такого мероприятия, не отвечает на целый ряд проблемных практических вопросов и не ориентирована на ОРД.

⁸ Здесь и далее – выделено автором (Н.Ж.).

⁹ Место пребывания – гостиница, санаторий, дом отдыха, пансионат, кемпинг, туристская база, медицинская организация или другое подобное учреждение, учреждение уголовно-исполнительной системы, исполняющее наказания в виде лишения свободы или принудительных работ либо не являющееся местом жительства гражданина Российской Федерации жилое помещение, в которых он проживает временно (в ред. Федеральных законов от 28.11.2015 № 358-ФЗ, от 02.06.2016 № 152-ФЗ).

годно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства)». Отсюда вытекает вывод, что профильный закон ЖК РФ и ГК РФ связывают характеристику **жилого помещения** с его *изолированностью, принадлежностью к недвижимому имуществу, пригодностью для постоянного проживания граждан*, связанной с санитарными и техническими правилами и нормами, иными требованиями законодателя.

В примечании к ст. 139 УК РФ под жилищем понимается *«индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и **пригодное** для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но **предназначенные** для временного проживания»*.

Согласно п. 10 ст. 5 УПК РФ, к жилищу относится *«индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и **используемое** для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но **используемое** для временного проживания»*.

Таким образом, в первом из законодательных актов, ориентированных на уголовную юстицию, к жилью относятся объекты, входящие в жилищный фонд и пригодные для постоянного или временного проживания или не входящие в него, но предназначенные для временного проживания, во втором – используемые для постоянного или временного проживания независимо от принадлежности к жилому фонду¹⁰.

Семантический анализ выделенных выше терминов позволяет судить, что пригодный – нужный, полезный, годящийся для чего-либо; предназначенный – определенный для какой-нибудь цели; используемый – употребляемый с пользой. Следовательно, два первых понятия говорят о предназначении объекта для постоянного или временного проживания, последнее – об его использовании в этих целях. Исходя из отмеченного различия, можно сделать вывод, что в первом из законодательных актов акцент сделан на предназначение и пригодность объекта для проживания, во втором же – на его утилитарность, что позволяет отнести к жилью, например, шалаш, землянку и т.п.

Продолжая исследование иных законодательных актов, мы обнаруживаем, что в гражданском и жилищном законодательстве понятие

¹⁰ Существование этой проблемы автор отмечал и ранее: Железняк Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: мат-лы междунар. науч.-практ. конф. (16–17 февраля 2006 г.): в 2 ч. / отв. ред. С.Д. Назаров; Сибирский юридический институт МВД России. Красноярск, 2006. Ч. 2. С. 189.

«жилище» вообще отсутствует и подменяется словосочетанием «жилые помещения».

Так, п. 2 ст. 288 ГК РФ указывает, что жилые помещения предназначены для проживания граждан. Однако в комментарии к данному нормативному правовому акту мы находим, что **под жилым** понимается *помещение, законченное строительством и принятое в установленном порядке в эксплуатацию, подлежащее кадастровому и техническому учету (инвентаризации)*. Таким образом, гражданское законодательство подходит к данному вопросу с позиций надлежащего оформления соответствующих документов для приобретения жилым помещением статуса объекта недвижимого имущества.

Аналогичная картина наблюдается и в жилищном законодательстве. Например, ст. 3 ЖК РФ имеет наименование «Неприкосновенность жилища», однако ни в нормах, содержащихся в статье, ни в других положениях закона дефиниция понятия жилища не сформулирована. Вместе с тем логика изложения содержания ч. 1 ст. 1 «Основные начала жилищного законодательства» позволяет сделать вывод, что *законодатель проводит аналогию между термином «жилище» и словосочетанием «жилое помещение»*: «жилищное законодательство основывается на необходимости обеспечения... условий для осуществления гражданами права на жилище..., а также на признании равенства участников регулируемых жилищным законодательством отношений (далее – жилищные отношения) по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями..., на необходимости обеспечения... сохранности жилищного фонда и использования жилых помещений по назначению». Виды таких помещений перечислены в ст. 16 рассматриваемого закона, где **к жилым помещениям** относят *жилой дом, часть жилого дома; квартиру, часть квартиры; комнату*¹¹.

В ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД) термин «жилище» (без расшифровки его содержания) употребляется в ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 8, ч. 1 ст. 9, а словосочетание «жилое помещение» (также без расшифровки его содержания) – в ч. 3 ст. 15.

В ФЗ «О полиции»¹² «жилище» (без расшифровки его содержания) упоминается в п. 14 ст. 13 и ч. 1 ст. 15, «жилое помещение» (также без

¹¹ В соответствии со ст. 16 ЖК РФ, «2. **Жилым домом** признается индивидуально определенное здание, которое состоит из комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком здании. 3. **Квартирой** признается структурно обособленное помещение в многоквартирном доме, обеспечивающее возможность прямого доступа к помещениям общего пользования в таком доме и состоящее из одной или нескольких комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком обособленном помещении. 4. **Комнатой** признается часть жилого дома или квартиры, предназначенная для использования в качестве места непосредственного проживания граждан в жилом доме или квартире».

¹² О полиции: Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ.

расшифровки его содержания) – в названии ст. 15 и ее ч. 2–8, названии ст. 16 и ее ч. 4, ч. 3 ст. 23, ч. 1 ст. 44.

С учетом взаимозаменяемости рассматриваемых лексических категорий, содержащихся в предписаниях этих двух законов, можно полагать, что в них термины «жилище» и «жилое помещение» используются как синонимы.

Таким образом, исследование положений законодательства применительно к определению понятия «жилище» позволяет сделать вывод о вариативности подхода к нему законодателя или вообще отсутствию необходимого определения понятия, что создает предпосылки для неоднозначной оценки авторами¹³ и использования правоприменителем рассматриваемых юридических норм.

И хотя существуют различные мнения ученых относительно понятия категории «жилище»¹⁴, пока вопрос об отнесении того или иного помещения к жилому решается путем принятия актов высших судов РФ.

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РФ 12 октября 2005 г. вынесла решение, в котором, в частности, отметила: «Согласно положениям Федерального закона от 20 марта 2001 г. №26-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод», **под жилищем понимается: 1) индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями; 2) жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания; 3) иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания»¹⁵.**

Несколько иной, более расширенный подход демонстрирует Пленум Верховного суда СССР, относя к жилищу «помещение, предназначенное для постоянного или временного проживания людей (индивидуальный дом, квартира, комната в гостинице, дача, садовый домик и т.п.), а также те его составные части, которые используются для

¹³ Например, в конституционном праве «комплекс недвижимости, находящийся на земельном участке, принадлежащем собственнику, в который входят непосредственно жилой дом и отдельно стоящие нежилые помещения (сарай и гараж), как огороженная отдельно частная собственность охраняется режимом неприкосновенности и охватывается понятием «жилище». См. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина // СПС КонсультантПлюс. М., 2011.

¹⁴ См., например: В уголовном процессе к жилищу должно быть отнесено «любое помещение или строение, не только предназначенное, приспособленное для временного проживания, но и используемое для проживания. Янкин А.Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2010. С. 7; Признак используемости приводит к необоснованному расширению понятия «жилище». Так, для временного проживания возможно использовать коридоры, крыши, естественные укрытия природы (пещеры). Винокуров В.Н. Значение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК РФ, для определения понятия «жилище» // Уголовное право. 2006. № 1. С. 19.

¹⁵ Определение Верховного суда РФ от 12 октября 2005 г. по делу № 14-Г05-25.

отдыха, хранения имущества либо удовлетворения иных потребностей человека (балконы, застекленные веранды, кладовые и т.п.). Не могут признаваться жилищем помещения, не предназначенные и не приспособленные для постоянного или временного проживания (например, обособленные от жилых построек погреба, амбары, гаражи и другие хозяйственные помещения)»¹⁶.

Иная позиция представлена в одном из решений Конституционного суда РФ: «В Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации ... установлено, что к *понятию "жилище"* относятся индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно *иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания* (пункт 10 статьи 5).

По смыслу названной нормы условием отнесения к жилищу нежилых помещений и строений, не входящих в жилой фонд, является факт их использования для временного проживания. Сама по себе данная норма направлена на обеспечение реализации статьи 25 Конституции Российской Федерации в сфере уголовно-процессуального законодательства, *не исключает гарантии неприкосновенности в отношении хозяйственных построек, находящихся на территории индивидуального домовладения*, а потому не может рассматриваться как нарушающая конституционные права...»¹⁷.

И хотя в решении суда в качестве возможного жилища названы лишь хозяйственные постройки, находящиеся на территории индивидуального домовладения¹⁸, российская находчивость (как и пробелы в праве) может привести к ситуации, когда «иным помещением или строением, не входящим в жилищный фонд, но используемым для временного проживания» будут выступать землянка, шалаш или палатка в лесу, собачья конура, помещение на участке теплотрассы и т.п. Означает ли это, что при необходимости провести обследование указанных объектов сотрудникам оперативного подразделения будет вменяться обязанность получения соответствующего судебного разрешения для ограничения права лица на неприкосновенность жилища?

Сравнительно-правовой анализ норм различных законодательных актов применительно к категории «жилище» и толкования сущности этого термина высшими судами Российской Федерации приводит к выводу о необходимости четкого осознания правоприменителем содержа-

¹⁶ О судебной практике по делам о преступлениях против личной собственности: Постановление Пленума Верховного суда СССР от 05.09.1986. № 11.

¹⁷ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Котовой Светланы Евгеньевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 10 статьи 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного суда РФ от 12.05.2005. № 166-О.

¹⁸ Так, по крайней мере, представляется автору данной работы.

ния этого понятия и обнаружения юридически грамотного выхода из существующей ситуации.

Рассмотренная нами выше вариативность подхода к сути жилища, а также существующая оперативно-розыскная практика подтверждают мысль о том, что в сегодняшних реалиях зачастую возникают практические проблемы, связанные с тем, что конкретный вид деятельности регулируется предписаниями разных, но равных по уровню нормативных правовых актов. В этом случае подавляющее число правоприменителей традиционно используют те правовые положения, которые их больше удовлетворяют. В связи с этим возникают ситуации, когда проведенное сыщиком в конкретных условиях мероприятие оценивается им как правомерное, однако иные участники правоохранительного процесса (в первую очередь надзирающий прокурор, защитник) придерживаются диаметрально противоположной точки зрения. Что касается судьи, то практика показывает отсутствие у него в большинстве случаев собственной позиции. Поэтому в данных обстоятельствах он скорее всего будет придерживаться линии одной из сторон, кажущейся ему наиболее обоснованной. Однако эта позиция зачастую может противоречить если не букве, то духу закона или элементарным законам логики. Такие ситуации возникают в первую очередь из-за того, что отмеченные дипломированные юристы в подавляющем большинстве недостаточно активно совершенствуют свой профессиональный уровень посредством изучения не только законодательных актов, но и толкования отдельных их предписаний высшими судами РФ.

В соответствии со ст. 6 «Обязательность решений Конституционного суда Российской Федерации» Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ (ред. от 05.04.2013) «О Конституционном суде Российской Федерации», «решения Конституционного суда Российской Федерации **обязательны на всей территории** Российской Федерации **для всех** представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений».

Так, в тексте Постановления Конституционного суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П¹⁹ определены **два правила разрешения конкуренции норм в отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы. Первое правило** формулируется как «lex posterior derogat priori» («последующий закон отменяет предыдущие»). Это означает, что даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон. **Второе правило** пропи-

¹⁹ По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной думы.

сано следующим образом: *вместе с тем, независимо от времени принятия, приоритетными признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений.*

Осуществим попытку применить данные правила к рассматриваемой нами ситуации.

Первое правило, гласящее о приоритете предписаний закона, принятого позже предыдущих, регулирующих данные отношения (или упоминающих о них), примененное к понятию жилища, позволяет сделать вывод, что из рассмотренных нами кодифицированных законодательных актов: УК РФ (1996 г.), УПК РФ (2001 г.), ГК РФ (1994 г.) и ЖК РФ (2004 г.) – самым «свежим» представляется Жилищный кодекс Российской Федерации. А это, наверное, означает, что именно определение понятия «жилище (жилое помещение)» может быть положено в содержание этого объекта при осуществлении любых (в том числе оперативно-розыскных) мер и действий.

Использование второго правила о приоритете закона, специально предназначенного для регулирования соответствующих отношений (*независимо от времени принятия*), к сожалению, тоже не дает четкого ответа на поставленный вопрос.

С одной стороны, сущность жилища (жилого помещения) прямо раскрыта в ЖК РФ (ч. 2 ст. 15), и это вроде бы должно означать приоритет данного предписания над положениями иных законодательных актов, поскольку именно ЖК РФ регулирует отношения применительно к категории «жилище»²⁰, с другой – ЖК РФ упорядочивает лишь вопросы частного, а не публичного права, к которому относится полицейская деятельность. ФЗ об ОРД и ФЗ «О полиции» вообще не дают определения искомого понятия, нормы УК РФ (примечание к ст. 139) и УПК РФ (п. 10 ст. 5), имеющего существенные противоречия и не позволяющего однозначно определить содержание категории «жилище», регулирующего отношения в области уголовной юстиции и использующего при осуществлении квалификации преступления и уголовно-процессуальных действий. И это позиция не только автора настоящей работы²¹.

Так, И.А. Одношевин справедливо отмечает, что «специфика предметов правового регулирования в различных областях права не позволит сформулировать универсальное определение понятия «жилище», которое могло бы использоваться на практике во всех отраслях правоприменения»²².

²⁰ Правда, в жилищной сфере.

²¹ Помазкова С.И. О понятии жилища и его значении для законности современного сыска // Оперативник (сыщик). 2005. №1 (2). С. 10–13.

²² Одношевин И.А. Понятие «жилище» и его значение для уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1234.

И если перед нами, как исследователями, после достаточно глубокой проработки российского законодательства и его толкований высшими судами РФ применительно к категории «жилище» опять возникает пелена неясности, может быть, проще разобраться с позиций науки, определив в этой проблеме соотношение норм материального и процессуального права? Для начала процитируем высказывания некоторых авторов, изучавших проблему соотношения материальных и процессуальных норм в различных отраслях российского права.

Материальное и процессуальное право в качестве компонентов правового строения всегда признавались и на доктринальном, и на профессионально-практическом, и на учебном уровне.

Нормы материального права (и соответствующие отрасли) закрепляют правовое положение лиц и имущества, отношения собственности и другие неимущественные отношения, определяют структуру, компетенцию и порядок деятельности различного рода государственных органов, учреждений, устанавливают основания и пределы ответственности за правонарушения и т.д. Материальное право имеет свои, присущие ему процессуальные формы. Оно устанавливает условия и основания возникновения процессуального права. Процессуальные нормы (институты, подотрасли, отрасли) регулируют общественные отношения, возникающие в процессе реализации норм всех отраслей права, определяют права и обязанности субъектов процессуально-правовых отношений, закрепляют порядок и процедуры применения норм материального права²³.

Вполне естественно, что содержание материально-правовых институтов в какой-то мере предопределяет содержание институтов данной процессуальной отрасли.

Именно поэтому и говорят, что материальное и процессуальное право соотносятся как содержание и форма. Существование процессуального права и в самом деле немислимо в отсутствие права материального (хотя в отношении отдельных норм и могут встречаться обусловленные «рукотворностью» юридической ткани дефекты несоответствия, нескоординированности, избыточности или вовсе отсутствия). В свою очередь, материальное право, хотя теоретически и возможно без права процессуального, на практике даже если и будет существовать, то уж в любом случае не действовать, поскольку останется неосуществленным, следовательно, и невостребованным.

Совершенствование и развитие норм материального права неизбежно влекут адаптацию процессуальных норм, поскольку нормы мате-

²³Батычко В.Т. Теория государства и права в вопросах и ответах. Таганрог: Изд-во ТРТУ, 2005.

риального права по своей правовой природе должны быть обеспечены правовой защитой в процессуальном порядке²⁴.

Материальные нормы... получают реализацию только посредством судебной правоприменительной деятельности. Порядок судопроизводства выступает правовым средством, обеспечивающим приведение их в действие²⁵.

Процессуальные нормы права, в отличие от материальных, не регулируют ни экономических, ни политических, ни каких бы то ни было иных отношений, а лишь закрепляют процессуальные формы (процедуру, правила, порядок) осуществления и защиты предусмотренных материальными нормами прав... В юридической литературе материальные нормы права вполне обоснованно считаются как бы первым слоем права, правовой основой общества и государства, а процессуальные – как бы вторым слоем, определяющим юридические способы охраны, защиты, поддержания и восстановления первого слоя²⁶.

Вопрос о характере дисбаланса между материальным и процессуальным законодательством сводится к ответу на другой вопрос: что же из них первично? Все-таки, несмотря на аргументы защитников процессуального права, приписывание процессуальным нормам «самостоятельной содержательной ценности», отрицать их зависимость от норм материального права все же сложно. Следовательно, и дисбаланс в этих отношениях практически всегда будет односторонний – чаще всего можно говорить о том, что процессуальное законодательство в целом или в том или ином аспекте не соответствует материальному, но не наоборот²⁷.

Порок процессуальной нормы с позиций должного системно-правового функционирования не может «отменять» юридико-регламентируемое правило поведения материального толка. В свою очередь, порок нормы материальной процессуальным правовым предписанием также формализовываться не должен. На этой основе позволим себе предположить, что материальное и процессуальное право в обобщенном качестве, как правовые массивы системы права, должны

²⁴Худояров Б.Т. О некоторых вопросах применения норм материального и процессуального права в семейно-правовых отношениях // Юридические науки: прил. к Вестн. Перм. ун-та. 2014. № 1.

²⁵Уксусова Е.Е. Гражданское судопроизводство по делам о банкротстве: проблемы законодательного регулирования и правоприменения // Lexrussica. 2014. № 2.

²⁶Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. Т. 2.

²⁷Белоусов С.А. Материальные и процессуальные нормативные предписания в системе российского законодательства: диалектика взаимосвязи и проблемы разбалансированности // Современное право. 2015. № 12.

рассматриваться не столько в «одноплоскостном», сколько в иерархическом ракурсе с позиций общего (но не абсолютного) примата материальных поведенческих правил над процессуальными²⁸.

По вопросу коллизии между нормами материального и процессуального права О.Э. Лейст на примере уголовного и уголовно-процессуального права отмечает: «Достаточно очевидно, что нормы уголовного права не могут применяться вне рамок уголовного процесса, равно как и последний теряет смысл, если его предметом не является применение точно обозначенных уголовно-правовых норм». Далее он предлагает считать процессуальным правом нормы, определяющие порядок, процедуру, форму реализации или охраны норм материального права, объясняя, что материально-правовые нормы указывают «что делать», а процессуально-правовые нормы – «как делать»²⁹.

Данные тезисы позволяют предположить, что с точки зрения юридической доктрины нормы материального права не только первичны по своему происхождению, но и приоритетны по своему значению относительно норм процессуального права. Это означает, что в случае коллизии между нормами материального и процессуального права, обладающими равной юридической силой, ведущая роль должна признаваться за правом материальным³⁰.

Представленное доктринальное понимание оперативно-розыскной науки, соотношение рассматриваемых отраслей права и многочисленных экспертных заключений, а также потребности оперативных подразделений в однозначном и понятном определении категории «жилище» при проведении ОРМ («обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств») дают основания полагать:

1. Оперативно-розыскная наука исследует те явления действительности, а также общие и специфические закономерности их возникновения и развития, познание и использование которых позволяют не только разрабатывать фундаментальные проблемы в этой области, но и формировать политику правоприменения в решении задач профессионального сыска.

2. Нормы материального права имеют безусловное преимущество над процессуальными предписаниями.

²⁸ Кудрявцева Т.С. Некоторые проблемы классификации и применения материальных и процессуальных норм (на примере отдельного трудового спора) // Трудовое право. 2009. № 3. С. 60–63.

²⁹ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред. В.А. Томилова. М.: Зерцало, 2008.

³⁰ Как мы видим, все из упомянутых исследователей убеждены, что первостепенными являются материальные предписания, процессуальные же имеют обеспечительное значение.

3. В ситуации оперативно-розыскного проникновения в жилище приоритетным должно выступать положение УК РФ, определяющее жилище как «индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящие в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания».

4. С целью единообразного понимания и использования в сфере уголовной юстиции рассматриваемой категории необходимо заменить указанной формулировкой определение понятия «жилище», содержащееся в п. 10 ст. 5 УПК РФ.

