

Министерство внутренних дел Российской Федерации

СИБИРСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

УДК 340.130. 53 : 343.02

№ госрегистрации 07182687

Инв. № 08180312

УТВЕРЖДАЮ

Врио начальника

СибЮИ МВД России

полковник полиции

А.Г. Калугин

«___»_____ 2018 г.

ОТЧЕТ

О НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ РАБОТЕ

ВОПРОСЫ АКТУАЛИЗАЦИИ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА
«ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»
(заключительный)

Шифр работы, присвоенный организацией: 1

Заместитель начальника института

(по научной работе)

доктор юридических наук, доцент

полковник полиции

Н.Н. Цуканов

Научный руководитель темы

профессор кафедры

оперативно-розыскной деятельности

доктор юридических наук, профессор

Н.С. Железняк

Красноярск 2018

РЕФЕРАТ

Отчет 248 с., 84 источника, 1 прил.

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН, АКТУАЛИЗАЦИЯ, ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ, ПРОБЛЕМЫ, ПУТИ РЕШЕНИЯ

Объектом исследования выступили оперативно-розыскные отношения, связанные с реализацией руководителями и сотрудниками оперативных подразделений полномочий в области противодействия преступности, а также иные правоотношения, нормативное регулирование которых влияет на решение задач оперативно-розыскной деятельности.

Цель работы – анализ действующего Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и осуществляемой оперативными подразделениями правоприменительной практики, выявление на этой основе проблемных ситуаций при принятии решений, подготовке и осуществлении отдельных оперативно значимых действий должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, выработка оптимальных вариантов формулирования законодательных предписаний, способствующих минимизации имеющихся в этой области недостатков и повышению эффективности правоохранительной деятельности в сфере противодействия преступности.

Использовались общенаучные (аксиоматический, анализ, опрос, моделирование, сравнение, аналогия, экспертной оценки) и частнонаучные (сравнительно-правовой, анализа документов) методы познания объективной действительности.

В результате изучения материала были предложены значимые для предмета исследования формулировки предписаний новой редакции Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», принятие и использование которого призвано способствовать повышению эффективности применения законодательства в сфере противодействия преступности.

В открытых источниках информации аналогичные работы ранее не представлялись.

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
ОСНОВНАЯ ЧАСТЬ.....	5
1 Общая характеристика работы	5
2 Сведения об использовании результатов научных исследований, проводимых авторской и иными организациями системы МВД России.....	6
3 Выявленные проблемы, требующие научного решения, и результаты их анализа	10
4 Оценка результатов исследования	33
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	35
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	36
Приложение А	46

ВВЕДЕНИЕ

Анализ оперативно-розыскной практики в области противодействия преступности свидетельствует о существовании в ней значительного числа проблем, обусловленных во многом недостаточно качественным российским правотворчеством.

В этом смысле не является исключением и Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», критикуемый подавляющим большинством теоретиков и практиков в связи с неконкретностью существенного числа содержащихся в нем норм, противоречивостью отдельных положений, невозможностью использования некоторых предписаний на практике, общим старением. За это время наши соседи – законодатели прибалтийских государств, Белоруссии, Украины, а также отдельных стран Средней Азии, в свое время принявшие профильные законы почти одновременно с нами, в совершенствовании правового регулирования оперативно-розыскной деятельности ушли далеко вперед.

Возможно, именно поэтому высшим судам Российской Федерации приходится слишком часто разъяснять не столько гражданам, сколько правоприменителю свои правовые позиции по тем или иным предписаниям закона, реализуемым в том числе в борьбе с преступностью.

ОСНОВНАЯ ЧАСТЬ

1 Общая характеристика работы

За прошедшие со времени принятия действующего нормативного правового акта, регулирующего осуществление оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации, двадцать три года только Конституционным Судом РФ было издано более двухсот двадцати постановлений и определений, разъясняющих отдельные нормы тех или иных законов, посвященных оперативно-розыскным проблемам противодействия криминальным проявлениям.

Поэтому задача изменения формулировок практически каждой статьи закона является актуальной и насущно необходимой.

Поиск и анализ научных работ, посвященных рассматриваемым проблемам, позволяют сделать два вывода:

во-первых, достаточное число авторов сегодня системно исследуют Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», но вот предметно предлагают свои решения по его совершенствованию лишь единицы. К ним можно отнести, пожалуй, только В.Ф. Луговика (Омская академия МВД России) и Н.С. Железняк (Сибирский юридический институт МВД России);

во-вторых, работа В.Ф. Луговика (Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации : проект, 2014) по системности подачи материала, формулированию предложений имеет существенные отличия от исследования Н.С. Железняк (Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект, 2013).

Изучение правоприменительной практики органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, систематические контакты с руководителями и сотрудниками оперативных подразделений в процессе их обучения и периодического консультирования приводит к убеждению о необходимости

принятия нового законодательного акта в области оперативно-розыскной деятельности с целью оптимального разрешения проблемных ситуаций, с которыми повседневно сталкиваются руководители и сотрудники оперативных подразделений органов внутренних дел, да и других ведомств, представители которых осуществляют оперативно-розыскные функции.

Научная новизна исследования определяется тем, что оно позволило спроектировать новые по сути и максимально доступные по содержанию систематизированные предписания законодателя, что, на наш взгляд, поможет ему оценить перспективы совершенствования Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», ученым – учесть в дальнейшей исследовательской работе, преподавателям и обучаемым – в учебном процессе, сотрудникам оперативных подразделений (в случае появления новой редакции закона) – избежать принятия на практике неверных решений и совершения неправомерных поступков, максимально обеспечить возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в противодействии преступности.

2 Сведения об использовании результатов научных исследований, проводимых авторской и иными организациями системы МВД России

В работе учитывались результаты изучения законодательства об оперативно-розыскной деятельности и осуществляющих ее органов, полученные авторами, занимавшимися соответствующей тематикой:

1. Атмажитов, В.М. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-практического семинара / В.М. Атмажитов, В.Г. Бобров; отв. ред. В.М. Атмажитов. – М. : Академия управления МВД России, 2005.

2. Бахта, А.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : Научно-практический комментарий / А.С. Бахта и др. – Хабаровск : ДВЮИ МВД России, 2012.

3. Бобров, В.Г. Некоторые суждения по монографии Н.С. Железняк и А.Д. Васильева «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : юридические и лингвистические аспекты. / В.Г. Бобров // Оперативник (сыщик). – 2011. – №1 (26).

4. Вагин О.А. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : учебно-методическое пособие/ О.А. Вагин, А.Е. Чечетин, А.В. Шахматов. –СПб. : Университет МВД России, 2010.

5. Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : комментарий / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков. – М. : Новый Юрист, 1997.

6. Железняк, Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности : учебное пособие / Н.С. Железняк. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2010.

7. Железняк, Н.С. Нормативное правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах : научно-практический комментарий / Н.С. Железняк. –Красноярск : Сибирский юридический институт МВД России, 2006.

8. Железняк, Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища / Н.С. Железняк // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сборник материалов международной научной конференции (16–17 февраля 2006 г.) : в 2 ч. / Сибирский юридический институт МВД России ; отв. ред. С.Д. Назаров. – Красноярск, 2006. – Ч. 2.

9. Железняк, Н.С. О путях совершенствования некоторых положений главы 1 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» /

Н.С. Железняк// Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства : материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.И. Елинского. – М. : ВНИИ МВД России, 2004.

10. Железняк, Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник / Н.С. Железняк ; Сибирский юридический институт ФСКН России. – Красноярск :СибЮИ ФСКН России, 2012.

11. Железняк, Н.С. Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь справочник / под ред. Н.С. Железняка. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2015.

12. Железняк, Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект /Н.С. Железняк. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2013.

13. Железняк, Н.С. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты : монография / Н.С. Железняк, А.Д. Васильев. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2009.

14. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под. ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского. // КонсультантПлюс.

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

16. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. А.Ю. Шумилова. – М., 2004.

17. Луговик, В.Ф. Оперативно-разыскной кодекс Российской Федерации : авторский проект /В.Ф. Луговик. –Омск : Омская юридическая академия, 2014.

18. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.В. Николюка. –М. :Спарк, 2003.

19. Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. –М. :Изд-ль Шумилова И.И., 2004.

20. Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства : материалы круглого стола, посвященные десятилетию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. д-ра юрид. наук В.И. Елинского. – М. : ВНИИ МВД России, 2004.

21. 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции. – Омск : Омский юридический институт, 2010.

22. Смирнов, М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран : учебное пособие /М.П. Смирнов. – М. : Изд. «Экзамен», 2003.

23. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / под ред. проф. А.Е. Чечетина. – Барнаул : БЮИ МВД России, 2007.

24. Шумилов, А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / А.Ю. Шумилов. – М., 1999.

Во всех отмеченных работах в той или иной степени (конспективно или подробно) рассматривается влияние предписаний Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» на правоприменительную практику. Вместе с тем ни в одном из вышеуказанных трудов (за исключением проектов, подготовленных В.Ф. Луговиком и Н.С. Железняком) не представлены систе-

матизированные предложения по совершенствованию действующего федерального закона.

3 Выявленные проблемы, требующие научного решения, и результаты их анализа

1. Проблемы в области реализации нормативных правовых актов, регламентирующих соблюдение прав и свобод граждан при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Практика свидетельствует, что при проведении оперативно-розыскных мероприятий сотрудники оперативных подразделений не всегда используют заложенные в ст. 23 и 25 конституционные требования о необходимости получения соответствующего судебного разрешения для ограничения конституционных прав граждан, а выбор самих мероприятий не является однозначным.

Так, в правоприменительной практике возникла весьма актуальная и интересная проблема, связанная с использованием изъятых у преступников средств мобильной связи для решения задач оперативно-розыскной деятельности¹. Обстоятельства дела.

Гражданин А.В.Я. осужден судом за участие в преступном сообществе (ч. 2 ст. 210 УК РФ) и за два эпизода приготовления к незаконному сбыту наркотиков с использованием средств массовой информации либо электронных или информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть "Интернет"), в особо крупном размере (ч. 1 ст. 30, ч. 5 ст. 228.1 Уголовного Кодекса РФ).

Как следует из приговора, существующая в интернет-пространстве преступная сеть «StuffStore», занимающаяся торговлей наркотиками и за участие в которой осужден заявитель, была создана через запрещенный в Российской Федерации сайт «LegalRS.biz» и действовала более чем в 68 регионах России.

¹В настоящее время материалы рассматриваются Управлением конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда РФ.

Сделки купли-продажи наркотиков осуществлялись в сети с помощью программ для быстрого обмена сообщениями (мессенджеров) «Telegram», «IM+», «Psi+», «ICQ» и приложений к ним, позволяющих вести зашифрованный обмен информацией, а передача товара происходила бесконтактно через закладки-тайники. Используемые способы маскировки преступного поведения создавали серьезные препятствия для выявления и разоблачения преступного сообщества, что требовало применения неординарных тактических приемов оперативно-розыскными службами.

В числе доказательств виновности заявителя в приговоре было указано на результаты проведенного оперативно-розыскного мероприятия «оперативное внедрение» к представителю преступной сети «StuffStore», имеющего псевдоним (никнейм) «StuffKomi», которое заключалось в осуществлении оперативным сотрудником обмена электронными сообщениями под псевдонимом (никнеймом) А.В.Я. и с использованием изъятого у него мобильного телефона. В ходе такого «оперативного внедрения» от неустановленного «оператора» было получено указание на изготовление двух закладок с наркотическим средством, которое было исполнено в рамках оперативно-розыскного мероприятия «оперативный эксперимент» с закладкой муляжей наркотических средств и позволило выявить трех новых участников преступного сообщества с привлечением их к уголовной ответственности.

В суде первой инстанции А.В.Я. заявил ходатайство о признании недопустимым доказательством результатов оперативного внедрения, проведенного с использованием его мобильного телефона, и всех производных от него доказательств, которое, по его мнению, совершалось с целым рядом нарушений закона и с ограничением его права на тайну переписки, гарантированного ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, а потому требовало получения судебного решения.

Суд отдельным постановлением от 24 марта 2017 года отказал в удовлетворении этого ходатайства, признав несостоятельными доводы подсудимого о нарушении его конституционных прав проведением оперативно-розыскного мероприятия без судебного решения, поскольку, как отметил суд, «переписка

велась в рамках оперативно-розыскного мероприятия «оперативное внедрение» для производства которого решение суда не требуется». Эта позиция суда первой инстанции была воспроизведена и в приговоре. В апелляционной жалобе на приговор осужденный вновь поставил вопрос о признании незаконным проведения оперативного внедрения с его мобильного телефона без судебного решения, на что суд апелляционной инстанции, не вдаваясь в детали, согласился с выводами суда первой инстанции о законности оперативно-розыскного мероприятия.

В своей жалобе в Конституционный Суд РФ заявитель просит признать несоответствующей статьям 2, 15 (часть 2), 17, 18, 23, 45, 46, 49 и 50 (часть 2) Конституции РФ ст. 8 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в той мере, в какой содержащиеся в ней нормы по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, позволяют органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, проводить оперативно-розыскные мероприятия путем ведения электронной переписки через мобильные телефоны граждан, не имея на то судебное решение или согласия владельца, и ограничивая тем самым их право на тайну переписки, а суду использовать полученные результаты в качестве допустимых доказательств по уголовному делу.

В связи с этим требуют разрешения три вопроса:

Насколько правомерно использование изъятых у преступников технических средств для установления в рамках проводимой сыщиками оперативной игры контактов с их соучастниками?

Правомерность применения отмеченного тактического приема не вызывает сомнений, поскольку, с одной стороны, в соответствии с Определением Конституционного Суда РФ от 24.01.08 № 102-О-О «необходимость закрепления в законе требования о вынесении соответствующего судебного решения в качестве обязательного условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, не связанных с ограничением указанных конституционных прав, непосредственно из Конституции Российской Федерации не вытекает», во-вторых, в Оп-

ределении от 6 марта 2001 года № 58-О Конституционный Суд Российской Федерации указал, что, «несмотря на отсутствие в части первой статьи 6 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" детальной регламентации порядка и условий проведения оперативно-розыскных мероприятий, их осуществление возможно, во-первых, лишь в целях выполнения задач, предусмотренных статьёй 2 названного Федерального закона, и, во-вторых, лишь при наличии оснований, указанных в его статье 7».

Какое оперативно-розыскное мероприятие при этом осуществляется – оперативное внедрение, оперативный эксперимент или нечто иное?

Безусловно, речь идет об оперативном эксперименте.

В ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (ч. 1 ст. 6) содержится лишь перечень оперативно-розыскных мероприятий, используемых при решении задач противодействия преступности. Что касается подзаконных актов, то суть оперативного эксперимента в определенной степени раскрывается в основополагающем ведомственном нормативном акте МВД России, согласно которому он заключается в «создании... условий, необходимых для документирования подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, в том числе в условиях обстановки, максимально приближенной к реальности... с вовлечением лица, в отношении которого имеются данные о противоправной деятельности, без его уведомления об участии в оперативном эксперименте для выявления, предотвращения, пресечения. раскрытия преступлений..., а также в целях выявления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших». Более понятное, но аналогичное по смыслу определение содержится в ряде работ ученых, например: «оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в создании на определенной территории (объекте) условий, позволяющих осуществить контроль и оперативное сопровождение действий известного или неизвестного лица (лиц) в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений, а также установления причастных к ним

лиц».¹ Таким образом, указанная совокупность действий осуществляется в рамках именно оперативного эксперимента, а не какого-то иного мероприятия.

Нуждается ли совокупность указанных действий в судебном санкционировании?

Об этом однозначно свидетельствует ч. 2 ст. 8 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности, в соответствии с которой «проведение оперативно-розыскных мероприятий (включая получение компьютерной информации), которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения...», а согласно Определению Конституционного Суда РФ от 08.03.17 № 568-О применительно к ч. 3 ст. 8 закона «проведение оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционное право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, без предварительного судебного решения в случаях, которые не терпят отлагательства, на основании части третьей статьи 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" предполагает, после обязательного уведомления об этом суда (судьи), разрешение вопроса об обоснованности ограничения прав граждан при их проведении осуществляется в порядке, предусмотренном статьей 9 этого Федерального закона. Иное свидетельствовало бы об отступлении от требования, установленного статьей 23 (часть 2) Конституции Российской Федерации, и делало бы бессмысленным уведомление суда (судьи) о проведении оперативно-розыскного мероприятия».

¹ Железняк Н.С. Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь справочник / под ред. Н.С. Железняка. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2015. С. 65.

2. Проблемы в области применения законодательства, регулирующего осуществление оперативно-розыскных мероприятий, основания и условия их проведения.

Таких проблем на практике достаточно много. Вместе с тем в качестве одного из примеров недолжного использования законодательства можно предложить неоднократно имевшую место ситуацию повторного проведения оперативно-розыскного мероприятия (проверочной закупки) в отношении одного и того же лица. По имеющимся материалам, необходимость неоднократного осуществления проверочной закупки в отношении одного и того же лица сотрудниками оперативных подразделений мотивировалась решением различных частных задач оперативно-розыскной деятельности (документирование сбыта, выявление соучастников и т.п.), а надзирающими прокурорами и некоторыми судебными органами оценивалось как нарушение закона, обусловленное созданием позитивных показателей работы и другой заинтересованностью сыщиков. Длительное время эта проблема оставалась не решенной, пока в Обзоре судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ: утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 27.06.12, не была сформулирована следующая рекомендация: «Судам следует учитывать, что проведение повторного оперативно-розыскного мероприятия, также очередной проверочной закупки у одного и того же лица, должно быть обосновано и мотивировано, в том числе новыми основаниями и целями, и с обязательным вынесением нового мотивированного постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Целями повторного ОРМ, также и проверочной закупки, могут являться пресечение и раскрытие организованной преступной деятельности и установление всех ее соучастников, выявление преступных связей участников незаконного оборота наркотических средств, установление каналов поступления наркотиков, выявление производства при наличии оперативно-значимой информации по данным

фактам. Кроме того, это могут быть случаи, когда в результате проведенного ОРМ не были достигнуты цели мероприятия (например, сбытчик наркотического средства догадался о проводимом мероприятии).

К сожалению, и сегодня встречаются подобные эпизоды оценки действий оперативных подразделений, что обуславливает необходимость внесения соответствующих изменений в профильный закон.

3. Проблемы судебного санкционирования ограничения конституционных прав граждан при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Одной из проблем выступает не содержащееся в действующем законе разъяснение об уровне судебных органов, санкционирующих ограничение конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий, во-вторых, о предмете такого санкционирования.

Она формально решена Конституционным Судом РФ, который в Определении от 21.02.06 № 560-О указал: «Статья 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", регламентирующая основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий, определяет подсудность материалов об ограничении конституционных прав и свобод при проведении оперативно-розыскных мероприятий лишь по территориальному признаку - в зависимости от места проведения предварительного расследования или места проведения оперативно-розыскного мероприятия.

Установление родовой (предметной) подсудности этих материалов судам определенного уровня - мировым судьям, районным судам, судам субъектов Российской Федерации, Верховному Суду Российской Федерации, как видно из содержания данной статьи, предметом ее регулирования не является. В.Н. Дудченко же, полагая, что родовая подсудность указанных материалов должна определяться именно этой статьей, фактически не оспаривает конституционность реально содержащихся в ней нормативных положений, а настаивает на ее до-

полнении новыми предписаниями, что в компетенцию Конституционного Суда РФ не входит.

Разрешение вопроса о том, подлежит то или иное регулирование по вопросу о родовой подсудности судам общей юрисдикции ходатайств о разрешении прослушивания телефонных переговоров и проведения других оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, закреплению непосредственно в оспариваемой или в какой-либо другой норме, является прерогативой федерального законодателя. Определение же на основе действующего нормативного регулирования подсудности конкретных дел и материалов относится к ведению судов общей юрисдикции. При этом вопрос о принятии тем или иным судом к рассмотрению ходатайства о проведении оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав и свобод граждан, должен решаться исходя из положений не только статьи 9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности", но и статей 165 и 186 Уголовно-процессуального кодекса РФ, определяющих подсудность материалов по ходатайствам органов предварительного расследования и прокурора о проведении следственных действий (в том числе контроля и записи телефонных переговоров), ограничивающих конституционные права и свободы граждан, а также статей 31-36 Уголовно-процессуального кодекса РФ, устанавливающих общие правила подсудности уголовных дел, в связи с возбуждением или расследованием которых проводится соответствующее оперативно-розыскное мероприятие». Согласно же ч. 2 ст. 165 Уголовно-процессуального кодекса РФ «ходатайство о производстве следственного действия подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня».

Однако проведенное нами интервьюирование руководителей и сотрудников оперативных подразделений различных регионов страны, а также анализ решений судов применительно к получению разрешения на ограничение конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприя-

тий позволяет сделать вывод, что, несмотря на четкую позицию Конституционного Суда РФ, в подавляющем числе субъектов России данный вопрос рассматривается на более высоком уровне – в республиканских, краевых, областных судах.

Представляется, что этому способствовало разъяснение другого высшего суда – Верховного Суда РФ, данное в Информации о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий от 05.06.2014, согласно которому «Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 21 декабря 2006 г. № 560-О указал на то, что вопрос о принятии тем или иным судом к рассмотрению ходатайства о проведении оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав и свобод граждан, должен решаться исходя из положений не только статьи 9 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», но и статей 165 и 186 Уголовно-процессуального кодекса РФ, определяющих подсудность материалов по ходатайствам органов предварительного расследования и прокурора о проведении следственных действий (в том числе контроля и записи телефонных переговоров), ограничивающих конституционные права и свободы граждан, а также статей 31-36 Уголовно-процессуального кодекса РФ, устанавливающих общие правила подсудности уголовных дел, в связи с возбуждением или расследованием которых проводится соответствующее оперативно-розыскное мероприятие.

Пленум Верховного Суда РФ, рекомендуя Верховным судам республик, краевым, областным судам, судам городов федерального значения, судам автономной области и автономных округов, окружным (флотским) военным судам принимать указанные материалы к своему рассмотрению (? – Н.Ж.), не исключают возможности их рассмотрения и в нижестоящих судах (п. 1 постановления от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации».

Для устранения рассматриваемой коллизии положений актов двух высших судов РФ представляется правомерным внести соответствующие изменения в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

Другой проблемой является не уточненные в законе предмет и форма решения суда. Речь идет о статусе судебной деятельности применительно к рассмотрению вопроса об ограничении прав граждан при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий. Некоторые авторы отстаивают позицию о том, что по ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, суд принимает решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия¹, ограничивающего конституционные права граждан. Что касается этой точки зрения, то установить ее несостоятельность достаточно просто. Для этого, во-первых, следует определить «вклад» в принятие такого решения всех субъектов анализируемой деятельности, и во-вторых, оценить нормативные словосочетания, использованные в этой части в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

В ст. 9 закона применительно к рассматриваемой проблеме упоминаются следующие словосочетания:

ч. 1 – рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан... при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом;

ч. 2 – указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей...;

ч. 3 – основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан...;

¹См.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности : монография / А.Е. Чечетин. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С.55.

ч. 4 – по требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия...;

ч. 5 – ...судья разрешает проведение... оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан...;

ч. 6 – ...при необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение...;

ч. 7 – в случае, если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан....

Кроме того, следует обратить внимание еще на следующие положения ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»:

ч. 7 ст. 5 – за три месяца до дня уничтожения материалов, отражающих результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных на основании судебного решения;

ч. 2 ст. 8 – проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина... допускается только на основании судебного решения...;

ч. 3 ст. 8 – в течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение;

ч. 10 ст. 8 – ...разрешается осуществлять действия, указанные в пунктах 8 - 11 части первой статьи 6, без судебного решения...;

ч. 4 ст. 12 – ...судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия....

Анализ представленных выше предписаний свидетельствует о том, что в них:

во-первых, упоминаются следующие виды правоприменительной деятельности суда:

- принятие решения – 7;
- рассмотрение вопроса (материалов) – 2;
- решение вопроса – 1;
- дача разрешения – 1;

во-вторых, используются следующие словосочетания, характеризующие действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в отношении которых необходимо принятие соответствующего судебного акта:

осуществление оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан – 7;

– ограничение конституционных прав граждан при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий – 1.

Что касается видов правоприменительной деятельности суда то, несмотря на явно просматривающуюся нормативную тенденцию в пользу принятия судом решений, следует высказать несколько аргументов против существующей законодательной регламентации.

Если бы судья принимал решение о проведении оперативно-розыскных мероприятий, он автоматически становился бы субъектом оперативно-розыскной деятельности, что представить достаточно сложно. Поэтому следует полагать, что решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия принимает исполнитель – сотрудник оперативного подразделения, ходатайствует об ограничении конституционных прав гражданина (в соответствии с ч. 3 ст. 9 закона) руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, вынося соответствующее постановление, а разрешает проведение данного мероприятия судья.

Дополнительным аргументом к тому, что судья выполняет разрешительную функцию, выступает определение Конституционного суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О, разъясняющее необходимость «наделения суда полномочием по осуществлению процедуры независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан».

Относительно характеристики действий, на осуществление которых требуется судебное разрешение, мы полагаем правомерным высказать позицию, согласно которой судья своим постановлением разрешает не проведение оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, а позволяет ограничить эти права при его осуществлении.

В качестве аргумента к этому выводу следует назвать ч. 2 ст. 23 (где отмечается возможность ограничения прав на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) и ст. 25 Конституции РФ (содержащую возможность ограничения неприкосновенности жилища). Следует обратить внимание, что в указанных предписаниях речь идет именно об ограничении прав граждан, санкционировать которое в первом случае может только суд, во втором – закон и суд. И не имеет значения проводятся оперативно-розыскные мероприятия или следственные действия – суд при наличии законных оснований и соответствующих им условий разрешает ограничить те или иные конституционные права граждан при проведении мер, направленных на противодействие преступности.

Таким образом, исследование роли суда в оперативно-розыском ограничении конституционных прав граждан позволяет констатировать необходимость более глубокого рассмотрения этих вопросов в теории оперативно-розыскной деятельности и потребность в уточнении законодательной регламентации рассматриваемого процесса с целью повышения эффективности деятельности по борьбе с преступностью в целом.

4. Проблемы реализации законодательства в области содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность.

Оперативно-розыскная деятельность, как любой вид правоохранительной деятельности, многогранна и включает в себя кроме подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий такие направления, как информационно-аналитическое обеспечение и документирование, использование результатов оперативно-розыскной деятельности, защиту сведений о ней, социальную и

правовую защиту должностных лиц органов, осуществляющих эту деятельность, финансовое обеспечение, вопросы контроля и надзора за ней. Одним из наиболее значимых среди этих направлений деятельности выступает обеспечение содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, правовая и социальная защита указанных лиц, которые также не лишены отдельных проблем.

Первая из проблем – привлечение лица к проведению оперативно-розыскных мероприятий без заключения с ним контракта.

А.В. Дворянкин, осужденный приговором суда за приготовление и покушение на незаконный сбыт наркотических средств, оспаривал конституционность части седьмой статьи 8 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» и статьи 17 «Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», которые, по его мнению, не соответствуют статье 19 (части 1 и 2) Конституции РФ, поскольку позволяют органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, привлекать отдельных лиц к участию в проведении ОРМ без заключения с ними контрактов, а совершенные при этом ими действия квалифицировать как уголовно-наказуемые деяния.

В Определении Конституционного Суда РФ от 23.12.2014 № 2980-О суд поясняет следующее: «ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» прямо устанавливает, что отдельные лица могут привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий с их согласия с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту (часть первая статьи 17), заключение которого предполагает долгосрочное сотрудничество с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в том числе в качестве основного рода занятий, и по инициативе этих органов, что обусловлено спецификой, целью и задачами оперативно-розыскной деятельности, правами и обязанностями органов ее осуществляющих, основаниями и условиями прове-

дения оперативно-розыскных мероприятий (статьи 1, 2, 7, 8, 14 и 15). При этом лица, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, находятся под защитой государства (часть первая статьи 18), независимо от наличия или отсутствия контракта».

Таким образом, использование в подготовке или проведении оперативно-розыскных мероприятий лиц, не заключивших контракт о сотрудничестве с органом, осуществляющим ОРД, правомерно и не нарушает прав проверяемых или разрабатываемых.

Вторая проблема – использование в осуществлении оперативно-розыскной деятельности лиц, не достигших совершеннолетия.

Так, в доказывании вины А.М. Полякова, признанного виновным в совершении преступления, предусмотренного частью третьей статьи 30 и пунктом «г» части четвертой статьи 228.1 Уголовного Кодекса Российской Федерации, использовались результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных в отношении его несовершеннолетнего соучастника с привлечением другого несовершеннолетнего лица. В связи с этим осужденный утверждал, что положения статьи 17 «Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», как допускающие возможность привлечения несовершеннолетних к участию в оперативно-розыскных мероприятиях в целях получения доказательств виновности в совершении преступления, не соответствуют статьям 2, 46 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации.

Конституционный Суд РФ в своем Определении от 23.06.16 № 1323-О разъяснил, что «согласно статье 17 ФЗ об ОРД отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту (часть первая); органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, могут заключать контракты с совершеннолетними дееспособны-

ми лицами независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений (часть вторая).

Таким образом, указанные положения ограничивают использование содействия несовершеннолетних лиц органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, исключая возможность заключения с ними контракта, но не запрещают использование их содействия для подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий на бесконтрактной основе. Само по себе содействие частных лиц в проведении таких мероприятий не может рассматриваться в качестве ограничения прав заявителя (определения от 27 мая 2010 года № 681-О-О, от 19 июня 2012 года № 1187-О и от 22 декабря 2015 года № 2875-О)».

Из этого следует, что закон не закрепляет возрастных ограничений для привлечения на бесконтрактной основе лиц к решению задач оперативно-розыскной деятельности.

Третья проблема – определение возможности участия в оперативно-розыскных мероприятиях (в том числе проверочной закупке) лиц, употребляющих наркотики.

Например, О.В. Федченко, привлеченный к уголовной ответственности за покушение на незаконный сбыт наркотических средств, в своей жалобе в Конституционный Суд РФ оспаривает конституционность положений статьи 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и статьи 49 Федерального закона от 8 января 1998 года № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах», которые, по его мнению, противоречат статьям 2, 17-19, 21, 23, 41, 45, 46 и 55 (часть 3) Конституции РФ, поскольку позволяют органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, привлекать к участию в оперативно-розыскных мероприятиях, направленных на выявление преступлений, свя-

занных с незаконным оборотом наркотиков, лицо, употребляющее наркотики и имеющее непогашенную судимость.

В Определении Конституционного Суда РФ от 19.06.12 № 1187-О отмечено, что «статья 17 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» предусматривает возможность использования органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, содействия отдельных граждан в подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий, в том числе на конфиденциальной основе, которое может осуществляться только с согласия этих граждан. Сами же оперативно-розыскные мероприятия проводятся уполномоченными органами и их должностными лицами на основаниях и в порядке, установленных законом. Соответственно, само по себе содействие частных лиц в проведении таких мероприятий не может рассматриваться в качестве ограничения прав заявителя Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2010 года № 681-О-О)».

Таким образом, периодически проявляемое девиантное поведение отдельных лиц (в частности, потребление наркотиков) не является препятствием для их использования в подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Четвертая проблема связана с привлечением так называемых понятых к подготовке и проведению оперативно-розыскных мероприятий.

Дело в том, что сложившаяся оперативно-розыскная практика, требования отдельных нормативных правовых актов, а иногда и просто руководителей различного уровня, прокуроров и судей вынуждают сотрудников оперативных подразделений выполнять не предусмотренные законом, но почему-то, по мнению некоторых правоприменителей, необходимые действия, связанные с привлечением к участию в оперативно-розыскных мероприятиях, как правило, некомпетентных «надсмотрщиков», которых и называют совершенно по-разному: понятые, представители общественности, незаинтересованные граждане и т.п. Проведенное пилотное исследование свидетельствует, что нормотворцы или

указанные должностные лица, памятуя о необходимости привлечения понятых к отдельным следственным действиям, решили по аналогии применить это требование и в оперативно-розыскной сфере.

Так, в ст. 170 «Участие понятых» Уголовно-процессуального кодекса РФ определены три варианта использования (или не использования) понятых.

В ч. 1 данной статьи обязательное участие понятых в следственном действии связано со ст. 182 – обыск, частью третьей.1 ст. 183 – выемка электронных носителей информации, ст. 184 – личный обыск и ст. 193 – предъявление для опознания.

Согласно ч. 2 рассматриваемой статьи в случаях, предусмотренных ст. 115, 177, 178, 181, ст. 183 (за исключением случаев, предусмотренных частью третьей.1), частью пятой ст. 185, частью седьмой ст. 186 и ст. 194 Уголовно-процессуального кодекса РФ, понятые принимают участие в следственных действиях по усмотрению следователя.

В соответствии с ч. 3 статьи в остальных случаях следственные действия производятся без участия понятых, если следователь по ходатайству участников уголовного судопроизводства или по собственной инициативе не примет иное решение.

Что касается оперативной работы, то в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» понятые не упоминаются¹, однако их периодически не забывают (называя по-разному) в нормативных правовых актах ведомственного уровня. Например, в п. 14 Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (название нормативного правового акта с написанием без кавычек наименования оперативно-розыскного мероприятия приводится в соответствии с оригиналом), объявленной приказом МВД России от 01.04.2014 № 199, отмечается, что «для удостоверения факта, содержания, хода проведе-

¹См. ч. 5 ст. 6, ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД.

ния и результатов изъятия к участию в изъятии привлекаются...не менее двух дееспособных граждан, достигших возраста восемнадцати лет...».

В связи с отсутствием в законе четкого установления по рассматриваемому вопросу необходимо обратиться к решениям высших судов РФ.

Так, Е.Н. Раков, осужденный по приговору суда, оспаривал конституционность части пятой статьи 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», допускающей, как считает заявитель, возможность привлечения к участию в проведении оперативно-розыскных мероприятий в качестве понятых отдельных граждан, заинтересованных в их исходе.

В Определении Конституционного Суда РФ от 24.09.12 № 1738-О указывается, что «вопреки утверждению заявителя, часть пятая статьи 6 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» не предусматривает участия в оперативно-розыскных мероприятиях понятых, которые привлекаются для проведения отдельных следственных действий, направленных на собирание доказательств. Результаты же оперативно-розыскных мероприятий, как неоднократно отмечал Конституционный Суд РФ, являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, т.е. так, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции РФ (определения от 4 февраля 1999 года № 18-О, от 25 ноября 2010 года № 1487-О-О, от 25 января 2012 года № 167-О-О и др.)».

Вывод об отсутствии понятых в оперативно-розыскной деятельности позволяет судить о чрезмерности действий отдельных должностных лиц, привлекающих граждан для удостоверения факта, хода и результатов конкретного оперативно-розыскного мероприятия, а также о необходимости закрепления необязательности их использования в профильном законе.

И наконец – проблема финансирования оперативно-розыскных мероприятий (в частности, проверочной закупки) содействующим лицом.

Дело в том, что в соответствии с ч. 1 ст. 19 «Финансовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности» ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» ее обеспечение относится к расходным обязательствам Российской Федерации, что, на первый взгляд, означает, что иного источника финансирования ОРД закон не предусматривает¹.

Это предписание отметил в своей жалобе в Конституционный Суд РФ А.А. Кралин, оспаривавший конституционность статьи 19 закона, которая, по его мнению, не соответствует статьям 19, 46, 49 и 50 Конституции РФ, поскольку в силу своей неопределенности допускает возможность использования при проведении проверочной закупки денежных средств, принадлежащих лицу, привлеченному к участию в оперативно-розыском мероприятии.

В Определении Конституционного Суда РФ от 23.04.15 № 874-О разъяснено, что «ст. 19 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» регламентирует лишь финансовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности и контроль за расходованием выделенных на нее финансовых средств. Использование же в ходе оперативно-розыскных мероприятий (в том числе проверочной закупки) по договору или устному соглашению имущества частных лиц (пункт 3 части первой статьи 15 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»), в том числе привлекаемых к проведению оперативно-розыскных мероприятий органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, не изменяет их содержание, основания и условия проведения, а потому и не нарушает права лиц, в отношении которых осуществляются такие мероприятия».

¹См. ч. 2 ст. 19 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (исключена ФЗ от 22.08.2004 № 122-ФЗ), согласно которой «законодательные и исполнительные органы государственной власти субъектов Российской Федерации вправе самостоятельно за счет собственных бюджетов и внебюджетных целевых фондов увеличивать размер средств, выделяемых органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность на территории соответствующих субъектов Российской Федерации».

Таким образом, возможность использования имущества (в том числе, финансовых средств) частных лиц для решения задач ОРД прямо закреплена в ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и поэтому является правомерной.

Рассмотрение отдельных аспектов содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, и принятых в этой части Конституционным Судом РФ правовых актов приводит к двум выводам:

– во-первых, нормы закона нуждаются в серьезной корректировке с целью уточнения целого ряда предписаний, касающихся в том числе помощи отдельных лиц оперативным подразделениям.

– во-вторых, акты Конституционного Суда РФ, взвешенно разрешающего спорные либо не регламентированные в законе ситуации, нуждаются в систематическом изучении и применении в области оперативно-розыскного противодействия преступности.

5. Проблемы осуществления прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Конституция Российской Федерации (ст. 2) провозгласила Россию демократическим правовым государством, а человека, его права и свободы – высшей ценностью.

Одной из отличительных черт правового государства является то, что в нем не только граждане несут ответственность перед государством, но и государство отвечает перед гражданами за обеспечение их безопасности, неприкосновенности личности и частной жизни, соблюдение иных конституционных прав и свобод. Необходимым условием этого является исключение произвола в отношении граждан и нарушений законности в работе всех государственных органов, создание правового и организационного механизмов их защиты. Оперативно-розыскная деятельность в силу того, что основным средством ее осуществления являются оперативно-розыскные мероприятия, большая часть из которых носит негласный характер, является наиболее уязвимой государственной функцией с точки зрения соблюдения прав и свобод человека и граждани-

на, обеспечения законности. В связи с этим особое значение приобретает прокурорский надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Прокурорский надзор¹ во многом позволяет исключить вольное усмотрение должностного лица в сфере оперативно-розыскной деятельности. Однако современное нормативное правовое регулирование надзора не позволяет ему быть целесообразным и эффективно организованным. Особую полемику в научных кругах и споры при практическом применении вызывает действующий в настоящее время приказ Генерального прокурора РФ от 15 февраля 2011 г. № 33 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» в части определения пределов надзора за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, оснований проведения прокурорских проверок, полномочий надзирающих прокуроров, соотношения норм приказа с положениями федерального законодательства.

Анализ практики прокурорских проверок соблюдения законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, показывает, что как бы самоотверженно ни исполняли должностные обязанности сотрудники оперативных подразделений, взаимоотношения между надзирающим органом и ними напоминают игру в пинг-понг: замечания прокуроров – ответ на них, требования о привлечении сотрудников к ответственности – применение наказания в угоду самолюбию и отчетным показателям прокуроров, случаев же указания прокурорам на превышение ими полномочий – единицы.

Так, в ходе 438 проведенных в 2016 году органами прокуратуры надзорных проверок (хотя, конечно же, их было больше, нежели актов прокурорского реагирования) нарушений конституционных прав граждан не выявлено, нару-

¹А также общий и ведомственный контроль.

шений федерального закона – 9.¹ Получается, что эффективность прокурорских проверок нарушений законов (своеобразный коэффициент полезного действия) составляет чуть более 2%. Все остальное время надзирающие прокуроры посвящают реализации не свойственной им функции – подменяют руководителей органов, осуществляющих ОРД, в их повседневной работе по управлению оперативно-розыскным процессом. И даже если реальный процент эффективности надзорной деятельности несколько выше, он не выдерживает никакой критики и свидетельствует о непродуктивном использовании прокуратурой собственных сил и средств.

Разрешение этой проблемы возможно посредством изменения положений статьи 21 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», регулирующей вопросы осуществления надзора за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Отмеченные вышеи некоторые другие проблемы, а также результаты их анализа учтены при поиске оптимальных формулировок положений профильного закона, позволяющих наиболее эффективно осуществлять оперативно-розыскное противодействие преступности с безусловным соблюдением прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц.

4 Оценка результатов исследования

В рамках предмета исследования автором полно и всесторонне изучены вопросы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России и зарубежных странах, исследованы проблемы правоприменительной практики, предложены оптимальные, на взгляд автора, решения по формулированию правовых норм, регулирующих оперативно-розыскную деятельность в Российской Федерации.

¹ Здесь отмечены лишь те недостатки в ОРД, которые, по мнению руководителей оперативных подразделений, образуют реальные нарушения закона, а не те, которые надзирающие прокуроры зачастую называют таковыми.

Все задачи решены в полном объеме, дополнительные исследования не требуются.

Сделанные автором теоретические выводы достоверны, они основываются на методологии, доктринальных положениях науки оперативно-розыскной деятельности и научных разработках российских ученых-правоведов. Основные положения работы базируются на результатах анализа нормативных правовых актов и позиций ведущих специалистов в области оперативно-розыскной деятельности.

Установлено качественное совпадение некоторых авторских результатов с итогами работы, представленными в трудах иных известных ученых, что также позволяет говорить об их достоверности.

Кроме того, достоверность информации, содержащейся в работе, подтверждается результатами проведенного автором опроса руководителей и сотрудников оперативных подразделений территориальных органов внутренних дел.

Основные теоретические положения и выводы, сформулированные автором ранее и в ходе проведенного исследования, нашли отражение в публикациях, результаты исследования докладывались на международной научно-практической конференции памяти проф. В.И. Горобцова (10-11 февраля 2005 года,

г. Красноярск) «Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе», международной научно-практической конференции (16-17 февраля 2006 года, г. Красноярск), международной научно-практической конференции (15-16 февраля 2007 года) «Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе», всероссийской научно-практической конференции (23-24 июня 2011 года, г. Уфа) «Актуальные проблемы выявления и предупреждения незаконного оборота и потребления наркотических средств и психотропных веществ), XV международной научно-практической конференции (5-6 апреля 2012 года, г. Красноярск) «Актуальные проблемы профилактики наркомании и

противодействия правонарушениям в сфере легального и нелегального оборота наркотиков», XX международной научно-практической конференции (20–21 апреля 2017 года, г. Красноярск) «Актуальные проблемы борьбы с преступностью: вопросы теории и практики».

Автор приходит к выводу о целесообразности внедрения результатов проведенного научного исследования в правоприменительную деятельность сотрудников полиции, организующих и осуществляющих оперативно-розыскную работу по противодействию преступности, в том числе по делам о наркотиках, в учебный процесс образовательных организаций системы МВД России.

Представляется целесообразным направление научной продукции в профильный комитет Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В результате проведенного исследования были сделаны следующие выводы:

1. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» не является нормативным правовым актом, содержащим оптимальные предписания в области профессионального сыска, в связи с чем на практике возникает значительное число правоприменительных проблем, негативно влияющих на эффективное решение задач правоохранительной деятельности и имидж оперативных подразделений.

2. Исследование практики применения норм действующего закона позволяет сделать вывод об их несовершенстве.

3. Изменение содержания закона посредством конструирования новых предписаний выступает единственным средством его актуализации и оптимизации.

4. Предложенный проект Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», на взгляд автора, в значительной мере устраняет существующие проблемы правоприменения, повышает эффективность взаимодействия оперативных подразделений и следственных органов в решении поставленных перед ними задач, позитивно влияет на противодействие преступности в целом.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993).
2. Жилищный Кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ.
3. Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации : Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ.
4. Об оперативно-розыскной деятельности : Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ.
5. Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации :Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ.
6. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции» : Федеральный закон от 25.12.2008 № 280-ФЗ.
7. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму : Федеральный закон от 24.07.2007 № 211-ФЗ.
8. О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности : Федеральный закон от 26.12.2008 № 293-ФЗ.
9. О государственной охране : Федеральный закон от 27.05.1996 57-ФЗ.

10. О качестве и безопасности пищевых продуктов: Федеральный закон от 02.01.2000 № 29-ФЗ.
11. О полиции : Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ.
12. О прокуратуре Российской Федерации : Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1.
13. О связи : Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ.
14. О Федеральной службе безопасности : Федеральный закон от 03.04.1995 № 40-ФЗ.
15. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ.
16. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ.
17. О статусе судей в Российской Федерации» : Закон РФ от 26.06.1992 № 3132-1.
18. О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации : постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.12.1993 № 13.
19. Информации о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий от 05.06.2014.
20. Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд : приказ МВД РФ, МО РФ, ФСБ РФ, ФСО РФ, ФТС РФ, СВР РФ, ФСИН РФ, ФСКН РФ СК РФ от 27.09.2013 № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68.
21. О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России : приказ МВД РФ от 19.06.2012 № 608.

22. Об определении Красноярского края территорией, в пределах которой осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров : закон Красноярского края от 25.11.2010 № 11-5325.

23. О судебной практике по делам о преступлениях против личной собственности : постановление Пленума Верховного Суда СССР от 05.09.1986 № 11.

24. Инструкция о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств : приказ МВД России от 01.04.2014 № 199.

25. Положение об организации и осуществлении розыска и идентификации лиц : приказ МВД РФ от 01.03.2018 № 117дсп.

26. О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России : приказ МВД России от 19.06.2012 № 608.

27. Информация о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий: Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, Управление систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации (рег. номер 9/5829дсп от 05.06.2014).

28. Азаров, Н.И. Теория государства и права : конспекты лекций и методические указания / Н.И. Азаров. – М. : Международный университет бизнеса и управления, 2001.

29. Аتماжитов, В.М. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-

практического семинара / В.М. Аتماжитов, В.Г. Бобров; отв. ред. В.М. Аتماжитов. – М. : Академия управления МВД России, 2005.

30. Бабурин, В.В. Незаконное задержание: уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты : монография / В.В. Бабурин, П.Л. Сурихин; Сибирский юридический институт МВД России. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2004.

31. Бахта А.С. и др. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / А.С. Бахта и др. – Хабаровск : ДВЮИ МВД России, 2012.

32. Бедняков, Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений /Д.И. Бедняков. – М., 1991.

33. Бобров, В.Г. Некоторые суждения по монографии Н.С. Железняк и А.Д. Васильева «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты // Оперативник (сыщик). – 2011. – №1 (26).

34. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. – М. : ИНФРА-М, 2006. – VI, 858 с.

35. Вагин, О.А. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : учебно-методическое пособие / О.А. Вагин, А.Е. Чечетин, А.В. Шахматов. – СПб. : Университет МВД России, 2010.

36. Винокуров, В.Н. Значение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК РФ, для определения понятия «жилище» / В.Н. Винокуров // Уголовное право. – 2006. – № 1.

37. Гармаев, Ю.П. Пределы прав и полномочий адвоката в уголовном судопроизводстве и типичные правонарушения / Ю.П. Гармаев. –Иркутск : ИПКПР ГП РФ, 2004.

38. Горяинов, К.К., Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : комментарий / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков – М.: Новый Юрист, 1997.

39. Железняк, Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности : учебное пособие / Н.С. Железняк. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2010.

40. Железняк, Н.С. Некоторые особенности оперативной обстановки и противодействия наркопреступности в странах Латинской Америки : обзор / Н.С. Железняк. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2017.

41. Железняк, Н.С. Нормативное правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах : научно-практический комментарий / Н.С. Железняк. –Красноярск : Сибирский юридический институт МВД России, 2006.

42. Железняк, Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища / Н.С. Железняк // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сборник материалов международной научной конференции (16-17 февраля 2006 г.) : в 2 ч. / Сибирский юридический институт МВД России ; отв. ред. С.Д. Назаров. – Красноярск, 2006. Ч. 2.

43. Железняк, Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» / Н.С. Железняк // Оперативник (сыщик). – 2010. – № 3 (24).

44. Железняк, Н.С. Оперативно-розыскная деятельность по делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в решениях высших судов Российской Федерации : обзор судебной практики / Н.С. Железняк. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2017.

45. Железняк, Н.С. О путях совершенствования некоторых положений главы 1 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / Н.С. Железняк // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства : материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.И. Елинского. – М. : ВНИИ МВД России, 2004.

46. Железняк, Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник / Н.С. Железняк ; Сибирский юридический институт ФСКН России. – Красноярск :СибЮИ ФСКН России, 2012.

47. Железняк Н.С. Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь справочник / под ред. Н.С. Железняка. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2015.

48. Железняк, Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект /Н.С. Железняк. –Красноярск :СибЮИ ФСКН России, 2013.

49. Железняк, Н.С. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты : монография / Н.С. Железняк, А.Д. Васильев. – Красноярск :СибЮИ МВД России, 2009.

50. Зажицкий, В.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве / В.И. Зажицкий // Российская юстиция. – 2001. – № 3.

51. Зникин, В.К. Принципы и основные понятия перехода избыточности оперативной информации в достаточность уголовно-процессуальных доказательств / В.К. Зникин. – М. – 1998.

52. Козловский, А.Ю. К вопросу об оформлении результатов оперативно-розыскных мероприятий для использования в уголовном процессе / А.Ю. Козловский // Оперативно-розыскные мероприятия:

актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-практического семинара / отв. ред. В.М. Аتماжитов. – М. : Академия управления МВД России, 2005.

53. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. – М., 2011 // СПС КонсультантПлюс.

54. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. – М. : НОРМА, 2003.

55. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под. ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского. «Проспект», 2011 // КонсультантПлюс.

56. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. А.Ю. Шумилова. – М., 2004.

57. Луговик, В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации : авторский проект / В.Ф. Луговик. – Омск : Омская юридическая академия, 2014.

58. Михайлов, В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие / В.И. Михайлов. – М. : Издатель И.И. Шумилова, 1998.

59. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.В. Николюка. М. : Спарк, 2003.

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

61. Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – 3-е изд., стереотипное. – М. : АЗЪ, 1996.

62. Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова ; Рос-

сийская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное. – М. : «А ТЕМП», 2004.

63. Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М. : Изд-ль Шумилова И.И., 2004.

64. Помазкова, С.И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска / С.И. Помазкова // Оперативник (сыщик). – 2005. – № 1 (2).

65. Правовые акты : учеб.-практ. и справ. пособие / Ю.А. Тихомиров, И.В. Котелевская. – М., 1999.

66. Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященные десятилетию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / под ред. д-ра юрид. наук В.И. Елинского. – М. : ВНИИ МВД России, 2004.

67. 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции. – Омск : Омский юридический институт, 2010.

68. Рябинин, Н.А. Теория государства и права : словарь основных понятий / Н.А. Рябинин, Н.Ю. Тетерятников. – Красноярск : Сибирский юридический институт МВД Российской Федерации, 2003.

69. Словарь иностранных слов. – М. : Рус. яз., 1986.

70. Словарь русского языка : в 4 т. / АН СССР, ин-т рус. яз. ; под ред. А.П. Евгеньевой. – М. : Русский язык, 1985–1988. Т.4 С–Я. 1988.

71. Смирнов, М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран : учебное пособие / М.П. Смирнов. – М. : Изд. «Экзамен», 2003.

72. Теория государства и права : курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. – М. : Зерцало, ТЕИС, 1996.
73. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / под ред. проф. В.В. Николюка. – М. :Спарк, 2003.
74. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / под ред. проф. А.Е. Чечетина. – Барнаул : БЮИ МВД России, 2007.
75. Философский энциклопедический словарь / редкол. С.С. Аверинцев и др.; 2-е изд. – М. : Сов. энциклопедия, 1989.
76. Черных, А.А. Правовая, организационная и тактическая основы контроля электрических сетей связи оперативными подразделениями органов внутренних дел :дис. ... канд. юрид. наук / А.А. Черных. –Омск : Омская академия МВД России, 2004.
77. Чечетин, А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий / А.Е. Чечетин. – СПб.: изд-во СПбУ МВД России, 2016.
78. Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности: монография / А.Е. Чечетин. – Барнаул : Барнаульский юридический институт МВД России, 2006.
79. Чечетин, А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура : препринт / А.Е. Чечетин. – Барнаул : Барнаульский юридический институт МВД России, 2004.
80. Чумаров, С.А. О правовой форме принудительных процедур, применяемых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). – 2015. – № 3 (44).
81. Шарапуто, М.В. Правоохранительные органы // Справочно-поисковая система «КонсультантПлюс».

82. Шумилов, А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / А.Ю. Шумилов. – М., 1999.
83. Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских; 2-е изд. – М. : ИНФРА-М, 1998.
84. Янкин, А.Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.Н. Янкин. – М., 2010.

Приложение А

Вопросы актуализации Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»

Федеральное государственное казенное
образовательное учреждение высшего образования
«СИБИРСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ
МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

Н.С. Железняк

ВОПРОСЫ АКТУАЛИЗАЦИИ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА
«ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»

Монография

Часть 1

Красноярск 2018

УДК 340.130. 53 : 343.02

ББК 67-3 : 67.73

Рецензенты: Чечетин А.Е., заместитель начальника Управления конституционных основ уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации; Луговик В.Ф., профессор кафедры оперативно-разыскной деятельности органов внутренних дел, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации.

Железняк, Н.С.

Вопросы актуализации Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : монография : в 2 ч. / Н.С. Железняк. – Красноярск : СибЮИ МВД России, 2018. – Ч. 1.

В монографии исследованы проблемы отечественного законотворчества в области оперативно-розыскной деятельности. Выявлены и охарактеризованы наиболее существенные недостатки, сформулированы и предложены рекомендации по совершенствованию оперативно-розыскного законодательства посредством принятия новой редакции Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

В первой части работы сосредоточена информация по проблемам, возникающим при реализации предписаний первых двенадцати статей Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

Монография предназначена для научных работников, преподавателей, курсантов и студентов юридических вузов, руководителей и сотрудников правоохранительных органов, иных заинтересованных лиц.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	50
ПРЕАМБУЛА	53
Глава I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ.....	61
Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность	61
Статья 2. Задачи оперативно-розыскной деятельности	70
Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности	79
Статья 4. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности.....	89
Статья 5. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.....	97
Глава II. ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ ..	136
Статья 6. Оперативно-розыскные мероприятия.....	136
Статья 7. Основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий.....	166
Статья 8. Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий.....	186
Статья 8.1. Особенности проведения оперативными подразделениями органов федеральной службы безопасности оперативно-розыскных мероприятий в сфере осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства	207
Статья 9. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно- розыскных мероприятий.....	211
Статья 10. Информационное обеспечение и документирование оперативно-розыскной деятельности	231
Статья 11. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности	236
Статья 12. Защита сведений об органах, осуществляющих оперативно- розыскную деятельность	247
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	253

ВВЕДЕНИЕ

Существуют вопросы, на которые нет ответов; но есть ответы, вызывающие массу вопросов» – отмечал российский литератор Э. Севрус. Данный афоризм как нельзя более применим к оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД) – особой сфере человеческих отношений, порождающей множество слухов, недомолвок, недоразумений и даже судебных исков. Что же это за отношения?

На протяжении веков человеческое общество выстраивает систему собственной жизнедеятельности, разрабатывая для этого некие правила отношений между людьми. Одни правила приобретают статус стандартного поведения граждан, другие, облеченные в форму правовых норм, обеспечивают легитимность определенных поступков в той или иной сфере, создавая систему правоотношений. Поскольку такие правоотношения присутствуют практически во всех основных областях человеческой деятельности, постольку они проявляются и в правоохранительном поле, в частности, как оперативно-розыскные правоотношения.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 № 144-ФЗ (далее – ФЗ об ОРД), отражающий в своих нормах основные направления профессионального сыска и регулирующий оперативно-розыскные правоотношения, за тридцать два года своего существования претерпел тридцать редакций, повлекших семьдесят три изменения содержащихся в нем предписаний. Описание нормативного правового акта в сухих цифрах дает возможность судить о наличии в законе ста шести положений, расположенных в двадцати трех рабочих статьях. Простейшие арифметические вычисления позволяют сделать вывод, что в рассматриваемый период почти семьдесят процентов норм закона подверглись изменению, и, по мнению специалистов, не

всегда в лучшую сторону¹. В связи с этим более или менее стройная система правовых положений² была приведена к состоянию, близкому к хаосу, при котором целый ряд предписаний закона стал противоречить друг другу, порождая не только научные дискуссии, но и правоприменительные проблемы в рассматриваемой области юридической деятельности.

Напротив, четкие и понятные установления законодателя позволяли бы сыщикам эффективно реализовывать свои профессиональные функции, преподавателям – осуществлять педагогическую работу, оказывать консультативную и правовую помощь нуждающимся в ней лицам, а курсантам и студентам – в настоящем познавать одну из самых удивительных сфер правоохранительной деятельности, а в будущем – реально защищать граждан от противоправных посягательств.

ОРД как наука привлекает к себе внимание значительного числа исследователей. Некоторые из них в своих трудах обращаются к основам ее теории, другие предпринимают попытки осуществить анализ частных аспектов. При безусловной многоплановости указанной деятельности приоритет, на наш взгляд, все же остается за оценкой качества правотворческой работы, поскольку именно она в первую очередь влияет на практику профессионального сыска.

В различных изданиях авторы постатейно комментируют нормы ФЗ об ОРД³. Однако в имеющихся работах за редким исключением не находят отра-

¹ См., напр.: Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства : материалы круглого стола, посвященные десятилетию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М. : ВНИИ МВД России, 2004; 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» : сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции. Омск : Омский юридический институт, 2010.

² Ненаучное словосочетание «более или менее», на наш взгляд, означает, что целый ряд предписаний закона изначально имел декларативный характер либо не до конца понятный правоприменителю смысл.

³ См., например: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : комментарий. М. : Новый юрист, 1997; Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». М., 1999; Смирнов М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран : учебное пособие. М. : Изд. «Экзамен», 2003; Федеральный закон «Об оператив-

жения проблемы, связанные с неточностью формулировок, отсутствием дефиниций наиболее значимых терминов и даже антиномией¹. Тем более, там нет и рассуждений, связанных с возможными негативными последствиями от применения действующей редакции норм закона, как и конкретных предложений по его совершенствованию.

Наш труд в первую очередь направлен именно на правоприменительную оценку предписаний описываемого нормативного правового акта, а также на внесение предложений по его актуализации не отдельными точечными правками, а полностью новой редакцией, впервые предложенной в 2012 г. и незначительно скорректированной в последующий период времени.

В нем постатейно будут оцениваться предписания действующего закона, выявляться существующие проблемы, предлагаться нормативные решения по их устранению или минимизации. В связи с этим полагаем, что такая работа будет полезной как для ученых в области ОРД, так и практиков, осуществляющих в соответствии с законом оперативно-розыскное противодействие преступности.

но-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / под ред. проф. В.В. Николюка. М. :Спарк, 2003; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. проф. А.Е. Чечетина. Барнаул : БЮИ МВД России, 2007; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / А.С. Бахта и др.. – Хабаровск : ДВЮИ МВД России, 2012.

¹ «Противоречие между двумя взаимоисключающими положениями, каждое из которых доказуемо логическим путем». См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 3-е изд., стереотипное. М. : АЗЪ, 1996. С. 23.

ПРЕАМБУЛА

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Настоящий Федеральный закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, и закрепляет систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

В действующей редакции закона его преамбула, как положение, дающее основное направление мыслительной деятельности правоприменителя, применительно к содержанию нормативного правового акта¹ в целом выглядит абсолютно понятной и не вызывает нареканий у специалистов.²

Законодатель сформулировал ее следующим образом: «Настоящий Федеральный закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, и закрепляет систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий».

На протяжении всего периода существования действующего ныне закона исследуемая конструкция не подвергалась корректировке, поскольку, видимо, выглядела достаточно нейтральной и не «резала глаз» потребителя.

Вместе с тем, на наш взгляд, ее нельзя охарактеризовать как идеальную. Оценивая ее содержание, следует обратить внимание на два фрагмента анализи-

¹ Преамбула – вводная или вступительная часть какого-либо законодательного или иного правового акта, ... в которой обычно излагаются принципиальные положения, побудительные мотивы, цели издания соответствующего акта. См. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 576.

² Ни в одном труде, оценивающем ФЗ об ОРД, мы не обнаружили замечаний по содержанию его преамбулы.

руемого положения, касающиеся соблюдения принципа территориальности осуществления оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД) и ее содержания.

Во-первых, в преамбуле указывается, что регулируемая законом ОРД осуществляется на территории Российской Федерации. Кстати, словосочетание «территория Российской Федерации» используется и далее в законе в ч. 1 ст. 8 применительно к условиям проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), ч. 1 ст. 13, определяющей перечень органов, осуществляющих ОРД, п. 4 ст. 14 относительно обмена информации с другими субъектами, противодействующими преступности, как обязанности органов, осуществляющих ОРД.

Таким образом, согласно положениям закона пространство, на котором можно осуществлять ОРД, ограничивается территорией Российской Федерации. В связи с этим возникает вопрос относительно возможности эффективного проведения международных полицейских операций, например, связанных с контролируемой поставкой наркотиков.

Межгосударственная или транзитная¹ контролируемая поставка наркотиков – чрезвычайно сложное ОРМ, ради успешности которого в различных странах работают представители взаимодействующих правоохранительных органов и специальных служб². Представляется небезосновательным утверждение о том, что организатором данного мероприятия, как правило, выступает орган, получивший и посредством первичной проверки подтвердивший поступившую информацию, обратившийся за помощью к взаимодействующим структурам сопредельных и иных государств³. Будет ли эффективным контроль и сопрово-

¹ Транзитной называется контролируемая поставка с пересечением контролируемого груза через границы более двух государств (например, из Польши через Беларусь или Украину в Россию).

² В рамках проведения учебных занятий с представителями компетентных органов Афганистана, Пакистана, Узбекистана, Таджикистана, Туркменистана, Киргизии и Казахстана эта проблема неоднократно оценивалась слушателями как трудноразрешимая.

³ Например, при организации российскими антинаркотическими подразделениями органов внутренних дел контролируемой поставки наркотических

ждение наркотиков на территории каждой из стран, через границы которых он проходит, осуществляемые исключительно представителями правоохранительной системы каждого государства в отдельности? Насколько небезопасной является передача фигуранта для обеспечения контроля его действий на границах каждого государства, по территориям которых движется этот груз? Ответ очевиден – представленная ситуация нуждается в подходе, при котором организатор контролируемой поставки, работающий во взаимодействии с иностранными правоохранителями, тем не менее должен иметь возможность осуществления не только разработки этой операции, но и контроля всего ее процесса. Описанная ситуация определяет потребность практики в изменении действующего предписания в сторону закрепления права осуществлять ОРД и за пределами России.

Интересный и, по нашему мнению, небезуспешный подход к решению этой проблемы использует В.Ф. Луговик в ст. 4 авторского проекта Оперативно-разыскного кодекса (далее – ОРК)¹ в регламентации действия нормативных правовых актов в пространстве. В ч. 2 рассматриваемой статьи он указывает, что «по решению Президента Российской Федерации или в соответствии с международными договорами нормы настоящего Кодекса и иные нормативные правовые акты применяются при осуществлении оперативно-разыскной деятельности за пределами территории Российской Федерации». Таким образом В.Ф. Луговик делает поистине революционный шаг в области законодательного регулирования ОРД, расширяя имеющиеся в настоящее время возможности по осуществлению ОРД на территории Российской Федерации² пределами других

средств по традиционному Северному маршруту из Афганистана, им необходимо будет взаимодействовать с аналогичными правоохранительными структурами Туркменистана, Узбекистана, Казахстана или Таджикистана, Киргизстана и Казахстана.

¹ Луговик, В.Ф. Оперативно-разыскной кодекс Российской Федерации : авторский проект. Омск : Омская юридическая академия, 2014.

² См. вводную часть, ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 13, п. 4 ч. 1 ст. 14 ФЗ об ОРД.

государств¹, отмечая в качестве условий проведения такой работы наличие решения Президента РФ или международных договоров, ратифицированных Российской Федерацией.

Что касается последних, то в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы². Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Согласно ч. 2, 3 ст. 90 Конституции РФ указы и распоряжения Президента Российской Федерации обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации и не могут противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам. Вместе с тем представим ситуацию, при которой Президент будет принимать решения о проведении ОРД на территории других государств, не связанных с Россией договором о правовой и иной помощи. Не будет ли это выглядеть вмешательством во внутренние дела этих государств? Не станет ли это (даже в случае наличия такого договора) дополнительной и системно применяемой функцией руководителя России? Будет ли у него на это время в череде весьма важных для страны решений и действий? Весьма сомнительно. И в конце концов, как это будет сочетаться с положениями упомянутой выше ст. 90 Конституции РФ?

¹ Оперативно-розыскная практика свидетельствует, что проведение ОРД на территории других государств вопреки указанным выше предписаниям ФЗ об ОРД все же имеет место (например, при проведении международной или транзитной контролируемой поставки), однако это обставляется смущающим специалистов термином «в присутствии», что, видимо, означает неучастие сыщика в международной операции (которую он, как зачастую бывает, и разработал), а нахождение неподалеку от происходящих событий без возможности вмешательства в них.

² В связи с этим представляется странным отсутствие общепризнанных принципов и норм международного права, а также и международных договоров, к которым присоединилась Российская Федерация, в перечне источников правовой основы ОРД, перечисленных в ст. 4 ФЗ об ОРД.

На наш взгляд, для нормативного подтверждения возможности проводить ОРД на территории другой страны правильнее было бы использовать следующую редакцию: «Оперативно-розыскная деятельность за пределами Российской Федерации осуществляется в соответствии с международными договорами или иными международными актами об оказании правовой помощи в борьбе с преступностью по согласованию с компетентными органами государства, на территории которого будут проводиться оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия»¹.

Во-вторых, в преамбуле закона указывается, что он закрепляет систему гарантий законности при проведении ОРМ мероприятий. И это положение представляется нам спорным. В науке ОРД достаточно давно ведется дискуссия о соотношении ОРД и ОРМ. Одни авторы (как, кстати, и создатели ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД) полагают, что ОРД состоит из подготавливаемых и проводимых ОРМ², другие считают, что, хотя ОРМ и выступают стержневыми элементами ОРД, тем не менее не являются ее единственными составными частями³.

Например, В.Ф. Луговик отмечает, что ОРД реализуется путем проведения ОРМ и иных регламентированных ОРК действий⁴.

Наша точка зрения отличается от приведенной выше существенной приближенностью к формуле законодателя (но не абсолютной поддержкой ее) и состоит в том, что основное содержание ОРД заключается в подготовке и проведении ОРМ, которые являются стержнем рассматриваемой деятельности.

¹ Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект. Красноярск: СибЮИ ФСИН России, 2013. Ч. 2, ст. 1.

² Согласно ст. 1 ФЗ об ОРД она осуществляется «посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий».

³ Железняк Н.С. О путях совершенствования некоторых положений главы 1 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2004.

⁴ Луговик В.Ф. Указ. соч. Ст. 8.

Позволим себе высказать резоны в защиту собственного мнения, используя для этого фрагменты текста ФЗ об ОРД.

В восемнадцати из двадцати трех рабочих статей настоящего закона шестьдесят два раза в различных падежных формах употребляется словосочетание «оперативно-розыскные мероприятия». Указанный количественный параметр означает, вероятно, что именно ОРМ являются основным содержанием ОРД.

При исследовании качественных характеристик сути данного законодательного акта целесообразно обратить внимание на следующие фрагменты формулировок:

- ст. 1 – «оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой... посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий...»;
- ч. 1 ст. 6 – «при осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия...».

Анализ предложенных фрагментов в их совокупности также позволяет заключить, что основой ОРД выступают ОРМ.

На это ориентирует и формулировка ч. 5 ст. 6 ФЗ об ОРД, согласно которой «должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов..., а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе...». Как мы видим, первая часть представленного текста подтверждает нашу позицию относительно оценки ОРМ как основы ОРД, а вторая указывает на вспомогательный характер привлечения отдельных лиц для обеспечения рассматриваемой правоохранительной функции.

Наиболее ярко демонстрируют такое соотношение нормы ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, фиксирующие права органов, которые осуществляют ОРД. Последовательность их такова: п. 1 в начале предложения описывает основное полномочие оперативных подразделений, заключающееся в проведении ОРМ. Завершающая часть предложения п. 1 и нормы п. 2-5 имеют характер объяснительно-

детализирующего перечисления прав указанных органов при подготовке и проведении таких мероприятий:

- проводить изъятие предметов, материалов и сообщений (п. 1);
- прерывать предоставление услуг связи (п. 1);
- использовать помощь граждан на конфиденциальной основе (п. 2);
- использовать служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц (п. 3);
- использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе (п. 4);
- создавать в установленном законодательством порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач оперативно-розыскной деятельности (п. 5).

Завершает исследование качественной характеристики сущности ОРД анализ содержания ст. 22 ФЗ об ОРД, согласно которому «руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, несут персональную ответственность за соблюдение законности при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий».

В данном случае попытаемся подтвердить отстаиваемую нами позицию доказательством «от обратного». Примем, например, как единственно верную точку зрения о том, что ОРД заключается в проведении ОРМ и содействии граждан оперативным подразделениям. В этом случае законодатель должен был обратить ведомственный контроль не только на указанную в рассматриваемой статье сферу, но и на организацию оперативными подразделениями работы по осуществлению гражданами содействия правоохранительным органам. Поскольку это не сделано, постольку, видимо, законодатель посчитал, что со-

действие граждан субъектам ОРД носит обеспечивающий характер при подготовке и проведении ОРМ.

Аналогичную операцию можно выполнить для опровержения и другого отмеченного нами суждения. Результат, безусловно, будет идентичным.

Принимая изложенные аргументы как совокупность доказательств отстаиваемой нами позиции, мы приходим к выводу, что законодатель поставил знак равенства между ОРМ и ОРД не совсем правомерно. Наше воззрение о том, что ОРМ являются стержневым (но далеко не единственным) элементом ОРД, представляется более предпочтительным и соответствующим духу, да и букве¹ ФЗ об ОРД. Именно поэтому рассматриваемое законодательное положение (преамбула), на наш взгляд, должно быть ориентировано не на ОРМ, а на ОРД в целом.

Поэтому полагаем более верным и соответствующим потребностям практики использование в законе формулировки, отражающей наше видение рассматриваемой проблемы. Такая конструкция, с одной стороны, устранил рассмотренные выше нормативные недочеты, с другой – точно определит предназначение законодательного акта, ориентированного на оперативно-розыскное противодействие преступности.

Поэтому нам представляется более верным использование в преамбуле закона формулировки, предложенной ниже.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Настоящий Федеральный закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности и закрепляет систему гарантий законности при ее осуществлении.

¹ Данный вывод подтверждается иными предписаниями (кроме ст. 1) ФЗ об ОРД.

Глава I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность

Оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то настоящим Федеральным законом (далее – органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность), в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Термин «оперативно-розыскная деятельность» введен в практический и научный оборот после принятия в 1958 году Основ уголовного судопроизводства СССР.

Вышеприведенное понятие закреплено законодательно и как деятельность характеризуется рядом признаков. ОРД осуществляется:

- гласно и негласно (с заметным преобладанием последней категории);
- оперативными подразделениями специально на то уполномоченных государственных органов;
- посредством проведения ОРМ;
- в целях борьбы с преступностью.

В общеупотребительном смысле ОРД представляет собой целостную систему оперативно-розыскных и иных мероприятий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений и оказывающими им содействие лицами в целях борьбы с преступностью.

В ФЗ об ОРД определению понятия ОРД посвящена ст. 1 «Оперативно-розыскная деятельность», предлагающая вышеуказанное описание его содержания.

Краткий анализ отдельных элементов предлагаемого определения может сформировать следующую картину исследуемой формулировки:

- вид деятельности. Во-первых, это деятельность правоохранительная, т.к. ориентирована на защиту прав граждан от преступных посягательств. Во-вторых, любая деятельность применительно к ее информационной составляющей заключается в добывании (получении) и использовании информации. ОРД в этом смысле не является исключением. Основное ее предназначение – добывать (получать) и использовать оперативно значимую информацию в борьбе с преступностью;

- осуществляется гласно и негласно. Двойственный характер этой деятельности проявляется в умелом сочетании конфиденциальности применения сил, средств и методов с зачастую гласным использованием полученных результатов. Например, результаты негласного ОРМ «прослушивание телефонных переговоров» могут быть рассекречены и в установленном порядке вовлечены в процесс доказывания по уголовному делу. С другой стороны, большинство ОРМ и иных действий в зависимости от решаемых задач могут проводиться как гласно, так и негласно;

- осуществляется оперативными подразделениями государственных органов, перечень которых представлен в ч. 1 ст. 13 ФЗ об ОРД: органы внутренних дел Российской Федерации, органы федеральной службы безопасности, федеральный орган исполнительной власти в области государственной охраны, таможенные органы Российской Федерации, служба внешней разведки Российской Федерации, федеральная служба исполнения наказаний, орган внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации. Однако ОРД осуще-

ствляют не сами эти органы, а их оперативные подразделения.¹ Согласно ч. 3 ст. 13 ФЗ об ОРД руководители указанных органов определяют перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять ОРД, их полномочия, структуру и организацию работы. Так, в связи с принятием Федерального закона от 07.02.2011 № 3-ФЗ «О полиции» началось издание подзаконных актов, в том числе принят приказ, определяющий новый перечень оперативных подразделений, их наименование и предназначение;²

– реализуется путем использования оперативными подразделениями своих полномочий, которые разнообразны и зачастую распределяются в соответствии с уголовно-правовой компетенцией данных подразделений. Так, противодействие преступлениям общеуголовной направленности отнесено в полиции к полномочиям уголовного розыска, борьба с преступлениями в сфере экономики – к полномочиям подразделений по борьбе с экономическими преступлениями и противодействию коррупции. Часть оперативных подразделений относятся к основному, реализующим свои функции непосредственно в борьбе с преступностью (например, указанные выше подразделения), другие – решают не менее важные, но вспомогательные задачи (например, оперативно-поисковые или специальных технических мероприятий);

– осуществляется посредством проведения перечисленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД оперативно-розыскных мероприятий³ – совокупности объединенных единым замыслом действий, направленных на достижение поставленных перед оперативным подразделением целей или решение задач;

¹ Ст. 1, ч. 1, 2, 5 ст. 13, ч. 1, 3 ст. 19 ФЗ об ОРД.

² О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России : приказ МВД России от 19.06.2012 № 608.

³Подход законодателя, устанавливающего, что ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ, критикуется во многих научных трудах. Напр.: Бобров В.Г. Некоторые суждения по монографии Н.С. Железняк и А.Д. Васильева «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты // Оперативник (сыщик). 2011. №1 (26).

– реализуется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Выстроенная законодателем иерархия защищаемых ценностей полностью соответствует предписаниям ст. 2 Конституции России о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Указание на конкретный источник опасности – преступные посягательства – в рассуждении «от обратного» позволяет судить, что ОРД должна осуществляться исключительно в борьбе с преступностью¹.

Таким образом:

1) законодательное определение понятия ОРД в целом раскрывает его суть в соответствии с принятыми юридико-техническими правилами и устоявшейся оперативно-розыскной практикой;

2) к основным содержательным характеристикам ОРД как особого вида правоохранительной работы можно отнести ее правовой статус, государственную принадлежность, организованный характер, целенаправленность на обеспечение прав и свобод личности, сочетание гласных и негласных сил, средств и методов;

3) основной целью ОРД выступает защита личности, общества, государства от преступных посягательств.

Вместе с тем данное определение не лишено ряда недостатков, не позволяющих причислить его к эталону нормотворческой деятельности.

Во-первых, в нем отсутствует отнесение ОРД к одному из видов правоохранительной деятельности. Если исходить из ее определения как вида государственной деятельности, осуществляемой с целью охраны права специально уполномоченными органами путём применения юридических мер воздействия

¹ К сожалению, далее в тексте ФЗ об ОРД законодатель проявляет непоследовательность, предлагая оперативным подразделениям решать и иные задачи, не связанные с противодействием преступности (см., например, ч. 2 и 3 ст. 7, ст. 8.1 закона).

в строгом соответствии с законом¹, то термин «правоохранительная» должен обязательно присутствовать в законодательной формулировке ОРД.

Во-вторых, отмечается, что ОРД осуществляют оперативные подразделения органов, уполномоченных на осуществление ОРД. С одной стороны, данное установление является однозначным и не требует специальных комментариев, с другой – руководители, уполномоченные на осуществление ОРД, сами не являющиеся сотрудниками оперативных подразделений, активно участвуют в ОРД. По формальным основаниям (отсутствие упоминания в ст. 1 ФЗ об ОРД) их было бы нельзя причислить к должностным лицам, осуществляющим ОРД, однако неоднократная фиксация в законе словосочетания «руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность» (ч. 6, 7 ст. 8, ч. 3 ст. 9, ч. 4 ст. 11, ч. 1 ст. 12, ч. 1, 3 ст. 19, ч. 2 ст. 21, ст. 22 ФЗ об ОРД) свидетельствует о том, что данный руководитель также является не только активным участником, но и организатором оперативно-розыскного процесса, а поэтому – обладает соответствующими полномочиями.

В-третьих, закреплено, что ОРД осуществляется посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ). Многие теоретики и практики достаточно критично относятся к этой идее, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем ОРМ и объемом фактических действий, осуществляемых оперативными работниками в ходе ОРД. Действительно, практика показывает, что таких действий неизмеримо больше и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ, как его элементы. К ним следует отнести, например, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, его досмотр, доставление, организацию засады и т.п.²

¹Шарапуто М.В. Правоохранительные органы // СПС КонсультантПлюс.

² В подготовленном нами проекте ФЗ об ОРД они определяются как «иные оперативные мероприятия». См. Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект. Сибирский юридический институт ФСКН России: Красноярск, 2013.

Авторы Кодекса вообще отказались от формулирования понятия ОРД, а включили отдельные его элементы в различные статьи.

Статья 4. Действие нормативных правовых актов, регулирующих оперативно-разыскную деятельность в пространстве

1. На территории Российской Федерации оперативно-разыскную деятельность осуществляют органы, уполномоченные на то настоящим Кодексом, их оперативные подразделения и должностные лица.

2. По решению Президента Российской Федерации или в соответствии с международными договорами нормы настоящего Кодекса и иные нормативные правовые акты применяются при осуществлении оперативно-разыскной деятельности за пределами территории Российской Федерации.

Статья 6. Назначение оперативно-разыскной деятельности

Оперативно-разыскная деятельность осуществляется для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, для противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности, для обеспечения государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности.

Статья 7. Основные направления оперативно-разыскной деятельности

1. Оперативно-разыскная деятельность осуществляется по следующим основным направлениям:

1) защита личности, общества, государства от противоправных посягательств;

2) выявление, предупреждение и раскрытие преступлений;

3) розыск лиц, идентификация лиц и трупов;

4) государственная защита потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц;

- 5) установление имущества, подлежащего конфискации;
- 6) обеспечение государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности;
- 7) обеспечение безопасности органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, их оперативных подразделений и должностных лиц и их близких, а также лиц, оказывающих содействие этим органам и их близким;
- 8) обеспечение установленного порядка отбывания наказания;
- 9) антикоррупционное обеспечение государственной и муниципальной службы.

2. По решению Президента Российской Федерации оперативно-разыскная деятельность может осуществляться в целях поддержания или восстановления международного мира и безопасности.

Статья 8. Проведение оперативно-разыскной деятельности

Оперативно-разыскная деятельность осуществляется органами, уполномоченными на то настоящим Кодексом, их оперативными подразделениями и должностными лицами путем проведения оперативно-разыскных мероприятий и иных действий, регламентированных настоящим Кодексом.

Полагаем такой подход непродуктивным и усложняющим осознание содержания описываемой в законе деятельности.

Во-первых, ОРД является весьма сложным видом правоохранительной работы, а поэтому нуждается в определении, доступном для понимания значительного числа населения, а тем более правоприменителя.

Во-вторых, предписание о проведении по решению президента РФ ОРД за пределами государства представляется допустимым по сути, но не по форме.¹

На наш взгляд, для нормативного подтверждения возможности проводить ОРД на территории другого государства правильнее было бы использовать

¹ Подробно об этом см. раздел «преамбула».

иную редакцию. Поэтому предлагается поместить в проект будущего оперативно-розыскного закона (или кодекса) следующие предписания:

Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность

1. Оперативно-розыскная деятельность – вид правоохранительной деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями и уполномоченными должностными лицами закрепленных в настоящем Федеральном законе государственных органов (далее – органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность), которым предоставлено право проводить оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия, другие правомерные¹ действия в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

2. Оперативно-розыскная деятельность за пределами Российской Федерации осуществляется в соответствии с международными договорами или иными международными актами об оказании правовой помощи в борьбе с преступностью по согласованию с компетентными органами государства (государств), на территории которого (которых) будут проводиться оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия.

Таким образом:

1. Действующая редакция ФЗ об ОРД нуждается в корректировке.

¹ Нами сформулированы следующие определения использованных выше терминов: иное оперативное мероприятие (иное мероприятие, не противоречащее задачам оперативно-розыскной деятельности) – любая совокупность правомерных действий, не отраженная в перечне оперативно-розыскных мероприятий, но соответствующая определенным в законе условиям и направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности; оперативно значимые действия – любые правомерные действия сотрудников оперативного подразделения и иных уполномоченных должностных лиц органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, не отраженные в законе, но не противоречащие целям оперативно-розыскной деятельности и направленные на решение ее задач. См. Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект. Сибирский юридический институт ФСКН России: Красноярск, 2013.

2. Отказ в проекте Оперативно-разыскного кодекса от определения понятия ОРД представляется непродуктивным.

3. Осуществление ОРД за пределами Российской Федерации требует закрепления в международных договорах или иных межгосударственных актах об оказании правовой помощи и согласования с компетентными органами государств, на территории которых она будет проводиться.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность

1. Оперативно-розыскная деятельность – вид правоохранительной деятельности, гласно и негласно осуществляемой оперативными подразделениями и уполномоченными должностными лицами закрепленных в настоящем Федеральном законе государственных органов (далее – органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность), которым предоставлено право проводить оперативно-розыскные и иные¹ оперативные мероприятия в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод личности², собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

2. Оперативно-розыскная деятельность за пределами Российской Федерации осуществляется в соответствии с международными договорами или иными международными актами об оказании правовой помощи в борьбе с преступностью по согласованию с компетентными органами государства, на территории которого будут проводиться оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия.

¹ Вопрос о существовании в ОРД иных оперативных мероприятий, как достаточно давно устоявшаяся позиция автора монографии, будет исследован ниже в статье, посвященной ОРМ.

² Здесь и далее в предлагаемых нами редакциях статей замена термина *гражданин* на *личность* обусловлена нашим пониманием их отличия и аргументируется в комментариях к ст. 9 ФЗ об ОРД.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 2. Задачи оперативно-розыскной деятельности

Задачами оперативно-розыскной деятельности являются:

выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших;

осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших;

добывание информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации;

установление имущества, подлежащего конфискации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Задачи ОРД – нормативно закрепленные в законодательном порядке цели, на достижение которых направлены действия оперативных подразделений государственных органов, осуществляющих ОРД.

Главные (стратегические) цели ОРД определены в ст. 1 ФЗ об ОРД, где отмечено, что эта деятельность осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

Что же касается тактических целей, то они совпадают с задачами, изложенными в ст. 2 ФЗ об ОРД, и представлены в ней четырьмя блоками, которые мы условно назвали «антикриминальный», «розыскной», «обеспечения национальной безопасности» и «антикоррупционный». По замыслу законодателя, перечень этих целей отличает ОРД от других видов правоприменительной практики.

В первом блоке – антикриминальном – перечислены наиболее существенные задачи, напрямую влияющие на достижение целей ОРД. Здесь к недостатку, на наш взгляд, следует отнести отсутствие причастия в форме прошедшего времени – «подготовивших». Если следовать формуле законодателя, то оперативные подразделения должны выявлять и устанавливать только лиц, «подготавливающих, совершающих или совершивших» преступления. Как же поступать сотрудникам, когда преступление уже подготовлено? Следует ли подождать, пока подготовка перерастет в стадию совершения? Представляется, что ответ на эти вопросы будет однозначным: законодатель по какой-то причине пропустил в норме одно слово, что привело к нарушению не только смысла ОРД, но и самой логики борьбы с преступностью.

Еще более серьезным пробелом стало то, что в рассматриваемом блоке не сформулирована задача выявления лиц, замышляющих совершение преступлений. Здесь, видимо, законодатель пошел по пути использования аналогии с нормами материального права. Так, в уголовном законе существует ответственность за подготовку или совершение преступлений, но отсутствует ответственность за формирование криминальных замыслов. Проще говоря, кто-либо может замышлять любое преступление, но не подлежит за это уголовной ответственности до тех пор, пока не предпримет какие-нибудь приговорительные действия, оцениваемые уголовным законом как криминальные.

В теории ОРД смысл этой задачи несколько иной: сотрудники оперативных подразделений обязаны не только выявлять лиц, подготавливающих (подготовивших) или совершающих (совершивших) преступления, но и обеспечивать превентивную функцию на самой ранней стадии формирования преступного умысла – предупреждать не только подготавливаемые, но и замышляемые преступления. Более того, с позиции экономии ресурсов и предотвращения наступления преступных последствий значительно разумнее пресекать преступления на стадии формирования замысла, нежели ожидать каких-либо приговорительных действий. Однако поскольку в законе такая задача отсутствует, по-

стольку оперативным подразделениям сложно доказать суду, прокуратуре, адвокатскому корпусу легитимность проведения ОРМ по выявлению лиц, замышляющих совершение преступлений.

Для устранения рассматриваемого пробела, на наш взгляд, достаточно в первом блоке задач ввести после слов «выявление и установление лиц» термин «замышляющих».

Недостатком второго блока – розыскного – можно считать отсутствие в качестве одной из задач установления персонифицирующих данных неопознанных трупов, личности больных, престарелых или малолетних, не могущих сообщить о своем местонахождении.

О том, что такая задача поставлена перед оперативными подразделениями, прямо свидетельствуют п. 10, 11 ч. 3 ст. 11, п. 13 ч. 1 ст. 13 ФЗ «О полиции»¹ (далее – ФЗ о полиции), и косвенно – п. 12 ч. 1 ст. 12, п. 10, 35 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции. В частности, в п. 13 ч. 1 ст. 13 рассматриваемого закона правом полиции выступает установление «личности гражданина, если имеются основания полагать, что он находится в розыске как скрывшийся от органов дознания, следствия или суда, либо как уклоняющийся от исполнения уголовного наказания, либо как пропавший без вести».

У непосвященных зачастую возникает вопрос: «Почему розыск лиц, не связанных с криминальными событиями, законодатель поручает органам, деятельность которых в соответствии со ст. 1 ФЗ об ОРД осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств»?

Представляется, можно привести три более или менее весомых аргумента в пользу такого решения законодателя.

Во-первых, исчезновение человека вполне может быть связано с совершением в отношении него какого-либо преступления насильственного характе-

¹ О полиции : Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ.

ра. И тогда задача по обнаружению лица пересекается с задачей по выявлению и раскрытию совершенного в отношении него преступления, что делает понятным непосредственное участие субъектов ОРД в поиске без вести пропавшего.

Во-вторых, исчезновение человека может быть последствием его собственного замысла, связанного с переходом на нелегальное положение. Причин этому может быть много, но продолжение жизнедеятельности обуславливает необходимость в добывании пищи, одежды и т.п., а нахождение на нелегальном положении – не позволяет сделать это легальным путем. И тогда зачастую возникает потребность в совершении с этой целью противоправных действий, а значит, опять налицо пересечение с задачей выявления и раскрытия преступной деятельности, что делает понятным непосредственное участие субъектов ОРД в поиске без вести пропавшего лица.

В-третьих, не все субъекты розыскной работы обладают одинаковыми возможностями. Так, участвующие в поиске преступника дознаватель и следователь могут осуществлять его исключительно с применением гласных средств и методов. Решающие же задачу поиска преступников и без вести пропавших субъекты ОРД обладают несопоставимыми с указанными должностными лицами средствами и методами как гласного, так и негласного характера. Возможно, именно поэтому розыск без вести пропавших отнесен к полномочиям оперативных подразделений государственных органов, осуществляющих ОРД.

Отдельной темой исследования может служить хоть и не использованное российским законодателем, но повсеместно применяемое в нормотворчестве, теории и практике ОРД словосочетание «установление личности неопознанных трупов». Теория давно сформулировала перечень качеств, традиционно присущих личности человека (личность – термин, обозначающий: 1) устойчивую систему социально значимых черт, характеризующих индивида как члена того или иного общества или общности; 2) индивидуального носителя этих черт как

свободного или ответственного субъекта сознательной волевой деятельности)¹. Исходя из их анализа, следует сделать вывод, что ни один из этих признаков не может быть применен к труп. Поэтому труп не является личностью, а значит, речь должна идти не об установлении личности неопознанного трупа, а об его персонификации (персонализации).

По нашему мнению, следует изменить редакцию второго блока задач, дополнив его формулировкой: «...установление личности больных, престарелых или малолетних, не могущих сообщить о своем местонахождении, персонификация неопознанных трупов».

Безусловно, к очередному пробелу законотворческой деятельности относится формулировка третьего блока задач ОРД – многоаспектного обеспечения безопасности РФ. Очевидно, что его содержание не может ограничиваться лишь добыванием информации, поскольку ОРД основывается на непрерывности процесса добывания и использования оперативно значимых сведений. Мы полагаем, что для устранения отмеченного пробела достаточно термин «добывание» дополнить словосочетанием «и использование».

Что касается последнего блока задач ОРД – антикоррупционного – то следует сначала объяснить, почему именно такое условное название было ему присвоено.

Во-первых, его появление в ФЗ об ОРД свидетельствует о реальном (а не формальном) возрождении иной меры уголовно-правового воздействия – конфискации.

Во-вторых, хотя конфискация еще недавно рассматривалась как одна из мер, направленных на подрыв экономической основы терроризма, абсолютно понятно, что она представляет не меньшую (а, скорее всего, большую) угрозу для благосостояния коррупционеров.

¹ Философский энциклопедический словарь / редкол. С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-оглы, Л.Ф. Ильичев и др.; 2-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1989. С. 313.

В-третьих, с учетом повсеместно декларируемого усиления борьбы с коррупцией компетентным органам необходимо будет устанавливать имущество, подлежащее конфискации, а без использования оперативно-розыскных возможностей субъектов ОРД сделать это представляется крайне затруднительным.

Учитывая закрепленный в ст. 7 ФЗ об ОРД достаточно широкий спектр оснований для осуществления ОРМ, решение данной задачи может достигаться и в том случае, когда уголовное преследование конкретного лица (лиц) еще не осуществляется.

И последнее: зарубежная практика применения рассматриваемой меры уголовно-правового воздействия свидетельствует об усилении ее значимости в деле снижения мотивации к незаконному обороту наркотиков. Речь идет о лишении наркотрафикантов и их близких имущества и денежных средств, полученных преступным путем, с последующей передачей государственным, в том числе правоохранительным структурам, и общественным организациям.

Эти меры широко распространены в таких государствах Латинской Америки, как Белиз, Боливия, Бразилия, Гватемала, Гондурас, Доминиканская Республика, Колумбия, Коста-Рика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу, Сальвадор, Чили, Эквадор.¹

Характеристика недостатков, содержащиеся в предписаниях рассматриваемой статьи ФЗ об ОРД, позволила обнаружить еще один недочет, связанный с отражением в ней не всех задач, вытекающих из сути ОРД или «растворенных» законодателем в других статьях нормативного правового акта.

Во-первых, речь идет о практически реализуемой, но не закрепленной в законе миссии оперативных подразделений по оперативному обслуживанию криминогенных объектов и территорий. Традиционно оперативная работа сыскных подразделений в зависимости от различных факторов строится по объек-

¹ Железняк Н.С. Некоторые особенности оперативной обстановки и противодействия наркопреступности в странах Латинской Америки : обзор. Красноярск :СибЮИ МВД России, 2017.

тово-отраслевому или зональному (территориальному) принципам. Исследование практики последних лет позволяет сделать вывод, что в городах, как правило, используется первый из них, в малонаселенной местности – второй. Оперативное обслуживание объектов, отраслей и территорий не только позволяет сотрудникам оперативных подразделений изучить оперативную обстановку в курируемых образованиях: места пребывания лиц, представляющих оперативный интерес, категории и способы совершения преступлений, факторы, способствующие криминальной деятельности и т.п., но и предметно осуществлять основную функцию – предотвращение и раскрытие преступлений, розыск скрывающихся преступников. Отсутствие в законе задачи по оперативному обслуживанию криминогенных объектов и территорий не позволяет сотрудникам оперативных подразделений опережать действия преступников – своевременно выявлять их замыслы и поступки, устранять способствующие совершению преступлений условия, проводить грамотные разработки, проще говоря, легально осуществлять ОРД при отсутствии информации о подготавливаемом или совершенном криминальном событии.

Во-вторых, постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации, выступает ст. 7 ФЗ об ОРД в качестве основания для проведения ОРМ, в ч. 2 этой статьи отмечается, что органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий вправе также собирать данные, необходимые для принятия решения по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД. В ст. 14 ФЗ об ОРД перед указанными органами в форме обязанности ставится задача содействовать обеспечению в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, безопасности и сохранности имущества своих сотрудников, лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим ОРД, участников уголовного судопроизводства, а также членов семей и близких указанных лиц от преступных посягательств. И, наконец, в ст. 18 ФЗ об ОРД отмечается,

что при возникновении реальной угрозы противоправного посягательства на жизнь, здоровье или имущество отдельных лиц в связи с их содействием органам, осуществляющим ОРД, а равно членов их семей и близких, эти органы обязаны принять необходимые меры по предотвращению противоправных действий, установлению виновных и привлечению их к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации. Таким, образом, задача обеспечения безопасности лиц, подлежащих государственной защите, является такой же зримой и значимой, как и ныне указанные в ст. 2 ФЗ об ОРД.

В ходе исследования различных путей в деятельности по определению задач органов, осуществляющих ОРД, нельзя не обратиться к работе В.Ф. Луговика, который в ОРК вместо задач ОРД предложил ее направления. К ним он отнес девять позиций:

- 1) защита личности, общества, государства от противоправных посягательств;
- 2) выявление, предупреждение и раскрытие преступлений;
- 3) розыск лиц, идентификация лиц и трупов;
- 4) государственная защита потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц;
- 5) установление имущества, подлежащего конфискации;
- 6) обеспечение государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности;
- 7) обеспечение безопасности органов, осуществляющих оперативно- розыскную деятельность, их оперативных подразделений и должностных лиц и их близких, а также лиц, оказывающих содействие этим органам и их близких;
- 8) обеспечение установленного порядка отбывания наказания;

9) антикоррупционное обеспечение государственной и муниципальной службы.¹

Оценивая подход автора к формулированию основной части рассматриваемого законодательного предписания, несложно заметить, что первая и шестая позиции являются целями ОРД, указанными в ст. 1 ФЗ об ОРД, вторая, третья и пятая – выступают в качестве отмеченных в ст. 2 задач органов, осуществляющих ОРД, четвертая представлена в ст. 7 ФЗ об ОРД, седьмая – частично в ч. 10 ст. 8 ФЗ об ОРД, девятая – частично просматривается в ст. 2 ФЗ об ОРД. И только «обеспечение установленного порядка отбывания наказания», как задача оперативных подразделений, видится нам новой и, возможно, приемлемой.

На основании вышеизложенного, следует предложить подготовленный нами вариант рассматриваемой статьи закона.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 3. Задачи оперативно-розыскной деятельности²

Задачами оперативно-розыскной деятельности являются:

1. Выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их замышляющих, подготавливающих, подготовивших, совершающих или совершивших.
2. Осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших.
3. Оперативное обслуживание криминогенных объектов и территорий.
4. Установление имущества, подлежащего конфискации.

¹ Луговик В.Ф. Указ. соч. Ст. 7.

² Здесь и далее в предлагаемой редакции используется нумерация статей авторского проекта ФЗ об ОРД, в котором ст. 2 посвящена основным понятиям, используемым в законе. См. Железняк, Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2013.

5. Добывание и использование информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

6. Обеспечение безопасности лиц, подлежащих государственной защите.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности

Оперативно-розыскная деятельность основывается на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также на принципах конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

ОРД, как и любой другой деятельности государственных органов, присущи как закрепленные в нормативных правовых актах, так и не содержащиеся в них определенные принципы, которые обязаны соблюдать должностные лица этих органов.

Под принципами понимаются основные правила, требования, предъявляемые к данному роду деятельности.

Принципы ОРД подразделяются на общие (конституционные) и специальные (отраслевые) и являются отражением специфических закономерностей в области борьбы с преступностью, которая ведется с помощью оперативно-розыскных сил, средств и методов.

В ст. 3 ФЗ об ОРД законодатель определил в качестве основных принципов ОРД принципы законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств. Это ни в коей мере не отвергает разработанные теорией другие принципы, в том числе сформулированные в федеральных законах «О полиции», «О феде-

ральной службе безопасности», «О внешней разведке» и т.п. или в авторских работах.¹

Закономерности, присущие демократическому обществу, статуса которого добивается Россия, находят отражение в таких общих принципах ОРД, как законность, уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина².

Закономерности ОРД как одного из видов социальной практики лежат в основе специальных (отраслевых) принципов этой деятельности: конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

Принцип законности является, безусловно, универсальным и основополагающим в деятельности всех государственных и общественных органов и организаций. Использование его в ОРД означает:

- точное и неуклонное исполнение в процессе осуществления ОРМ законов, предписаний нормативных правовых актов федеральных органов государственной власти по вопросам борьбы с преступностью; ведомственных нормативных правовых актов органов, осуществляющих ОРД;

- соответствие ведомственного нормативного правового регулирования действующему законодательству, полноту и четкость регламентации наиболее сложных институтов ОРД;

- принятие оперативно-розыскных мер, обеспечивающих предупреждение и пресечение преступлений, их своевременное обнаружение и раскрытие;

- розыск скрывшихся преступников и без вести пропавших лиц, обеспечение безопасности общества и государства.

¹Так, В.Ф. Луговик в ОРК посвятил принципам девять статей, назвав кроме упоминаемых в ФЗ об ОРД такие принципы, как: право на истребование информации о проведении оперативно-розыскных мероприятий, наступательность, обеспечение негласности сотрудничества с лицами, обеспечение безопасности оперативно-розыскных органов и участников уголовного судопроизводства, их родственников или близких лиц, равенство перед законом. Все эти положения (кроме наступательности) так или иначе отражены в различных статьях ФЗ об ОРД. Луговик, В.Ф. Указ. соч. Ст. 9-17.

²См. об этом подробно: Чечетин, А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий. СПб.: Изд-во СПбУ МВД России, 2016.

Обеспечение законности в ОРД возможно при реализации многих факторов. К числу наиболее значимых из них следует отнести:

- высокий уровень правосознания (общего и профессионального) сотрудников оперативных подразделений;
- постоянное совершенствование правовой и морально-этической основ ОРД и соответствующих отношений между ее субъектами;
- строгое соблюдение и исполнение должностными лицами законов и подзаконных актов при получении первичной информации, ее проверке и реализации; привлечении граждан к конфиденциальному содействию (сотрудничеству); проведении оперативной проверки (разработки) и т.п.;
- наличие юридической ответственности сотрудника как определенной совокупности правовых отношений между ним и государством;
- правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, и граждан, оказывающих им содействие в борьбе с преступностью;
- укрепление престижа государственной сыскной службы.

Учет этих факторов в совокупности позволяет в ходе ОРД обеспечивать законность принимаемых решений и осуществляемых действий.

Принцип законности неразрывно связан с принципом уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Конституционные права и свободы граждан священны и неприкосновенны. Но осуществление прав и свобод неразрывно связано с исполнением каждым гражданином обязанностей перед обществом. Главная из них – не использовать предоставленные права и свободы в ущерб другим гражданам.¹

Важнейшей обязанностью граждан является также соблюдение законов. Нарушение их предписаний влечет использование государством мер воздействия, направленных на предупреждение и пресечение правонарушений. Применение таких мер, в свою очередь, неизбежно приводит к определенным ограни-

¹ Согласно ч. 3 ст. 17 Конституции России «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

чениям прав и свобод граждан. Эти ограничения предусмотрены как в Конституции России, так и в законах, издаваемых в развитие ее отдельных положений. Например, уголовно-процессуальное законодательство предусматривает возможность задержания граждан в качестве подозреваемых в соответствии со ст. 91 и 92 УПК РФ, производство обысков и выемок в порядке ст. 182, 183 УПК РФ и т.п.

Обязывая органы дознания принимать оперативно-розыскные и иные необходимые меры для предупреждения, пресечения и обнаружения преступлений или их признаков, уголовно-процессуальное законодательство не определяет перечень и характер этих мер. Они даны в ФЗ об ОРД (ст. 6, 7, 8, 9 и 10). Право решения вопросов, касающихся организации и тактики ОРМ, делегировано оперативным подразделениям и руководителям, уполномоченным на осуществление ОРД.

Необходимо иметь в виду, что закон, как и подзаконные акты, не может дать исчерпывающего перечня мер, приемов, специальных технических средств, которые используются или могут быть использованы для предотвращения и раскрытия преступлений. Эти нормативные правовые акты не могут содержать и всеобъемлющих указаний о порядке применения оперативно-розыскных средств и методов в различных жизненных ситуациях.

Однако при осуществлении ОРМ оперативные подразделения должны строго руководствоваться следующими положениями, сформулированными в соответствующих статьях ФЗ об ОРД (своеобразные оперативные «десять заповедей»).

1. Недопустимо осуществление ОРД для достижения целей и задач, не предусмотренных данным законом; любой гражданин имеет право обжаловать действия государственных органов и истребовать сведения о характере полученной в отношении него информации; указанные органы обязаны представить судье оперативно-служебные документы, а лицу – соответствующие сведения,

уничтожить материалы в отношении тех, чья виновность в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке (ст. 5 ФЗ об ОРД).

2. В ходе проведения ОРМ разрешается применение лишь таких технических средств, которые не наносят ущерба жизни и здоровью людей и не причиняют вреда окружающей среде (ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД).

3. В рамках ОРД используется содействие отдельных лиц с их согласия (ч. 5 ст. 6, ч. 1 ст. 15, ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД).

4. Существуют особые условия проведения отдельных ОРМ, предусмотренные ст. 8 ФЗ об ОРД.

5. Недопустимо использование материалов оперативной проверки в качестве основания для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина (ч. 3 ст. 10 ФЗ об ОРД).

6. Перечень органов, уполномоченных на осуществление ОРД, ограничен законом (ст. 13 ФЗ об ОРД).

7. Органы, осуществляющие ОРД, обязаны принимать все необходимые меры по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечению безопасности общества и государства (п. 1 ст. 14 ФЗ об ОРД).

8. Органам, осуществляющим ОРД, для решения ее задач предоставлены соответствующие права (ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД).

9. Должностным лицам органов, осуществляющих ОРД, а также содействующим им лицам обеспечена социальная и правовая защита (ст. 16, 18 ФЗ об ОРД).

10. Непременным условием обеспечения законности и уважения прав и свобод личности являются постоянный и действенный контроль, а также прокурорский надзор за исполнением законов органами, осуществляющими ОРД (ст. 20, 21, 22 ФЗ об ОРД).

Характеризуя точность изложения рассматриваемого принципа, нельзя не обратить внимание на возможность его совершенствования.

В ч. 9 ст. 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» ФЗ об ОРД отмечается «При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и законных интересов, возмещению причиненного вреда».

Как мы видим, наряду с правами и свободами человека и гражданина в формулировке закона возникает еще один термин – законные интересы. Что же он означает?

Личные интересы указанных лиц могут сосредоточиваться как в положительной, так и в отрицательной части спектра существующих и возникающих вновь потребностей. Проще говоря, интересы личности можно дифференцировать на одобряемые обществом, государством – и порицаемые ими. Первые влияют на определение прав и обязанностей индивида, вторые – противостоят принятым обществом правилам и нормам.

Интересы приобретают статус законных (в узком смысле), если они урегулированы нормами права или (в широком смысле) не противостоят им. Причем в определенной части они совпадают с правами и свободами человека (например, интерес трудиться – и право на труд, желание избирать, быть избранным – и избирательное право, потребность в получении наследства – и право наследования и т.п.). Можно заключить, что законные интересы во многом близки к таким понятиям, как права и свободы, и отличаются от них лишь тем, что первые (интересы) характеризуются проявлением желания лица, а вторые (права и свободы) – наличием такой возможности.

Цивилизованное общество должно поддерживать позитивные стремления людей, а не только предоставлять им соответствующие возможности. Поэтому представляется логичным сформулировать второй из принципов ОРД следую-

щим образом: «уважение и соблюдение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина».

Что же касается примененного в законодательном установлении термина юридические лица, полагаем его наличие в статье, посвященной правам и свободам человека и гражданина, излишеством, свидетельствующем о недостаточно высоком качестве сформулированного предписания.

Принцип конспирации¹ вытекает из специфического характера использования оперативно-розыскных сил, средств и методов для предупреждения и раскрытия преступлений, совершаемых преступниками тайно, замаскированными способами, розыска скрывающихся преступников.

Конспиративность обеспечивается различными мерами, и прежде всего путем оптимального использования штатными гласными и негласными сотрудниками оперативных подразделений негласных ОРМ, приемов легендирования и средств маскировки. При этом важным является соблюдение положений нормативных правовых актов, устанавливающих правила обеспечения режима секретности и делопроизводства в процессе ОРД. Особое значение имеет обеспечение конспирации в работе с конфидентами.

ФЗ об ОРД, ФЗ «О полиции» и некоторые другие законодательные акты содержат запрет на разглашение данных, составляющих государственную и служебную тайну. Озабоченность в этом смысле законодателя вполне понятна. ОРМ зачастую осуществляются при наличии скудных, неясных, а нередко и противоречивых исходных данных. Конспиративное их использование направлено на то, чтобы в результате ОРМ не было преждевременно скомпрометировано лицо, в отношении которого они проводятся.

Следует также помнить, что сохраняются в тайне и полученные в процессе служебной деятельности сведения, затрагивающие честь и достоинство граждан, если интересы правосудия не требуют иного. Любая расшифровка мето-

¹ Конспирация (от лат. *conspiratio* – заговор) – сохранение в тайне. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1996. С.285.

дов негласной работы и источников оперативной информации может привести к серьезным отрицательным последствиям – невозможности разоблачить преступников, реальной угрозе жизни и здоровью конфиденентов и др. Конспирация обеспечивается также и строгим ограничением круга лиц, допущенных к ознакомлению с оперативными материалами.

Механизм реализации принципа конспирации раскрывается в отдельных нормах ФЗ об ОРД, в частности в положениях, согласно которым органы, осуществляющие ОРД, обязаны по требованию судьи предоставить ему оперативно-служебные документы, содержащие соответствующие сведения, в том числе и секретного характера, однако за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, штатных негласных сотрудников, конфидентах, об организации и тактике проведения ОРМ (ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД); прокурор вправе истребовать от органов, осуществляющих ОРД, оперативно-служебные документы (ч. 2 ст. 21 ФЗ об ОРД), но не может получить сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках и конфидентах (ч. 3 ст. 21 ФЗ об ОРД).

Соблюдение конспирации при решении задач ОРД закон возвел в обязанность оперативных подразделений (п. 5 ст. 14 ФЗ об ОРД). В то же время этим органам предоставлено право «использовать для этого документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, сотрудничающих с этими органами на конфиденциальной основе» (п. 4 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД).

Реализация принципа конспирации предусмотрена в положениях указанного закона, определяющих другие права органов при осуществлении ОРД (ст. 15 ФЗ об ОРД), а также регламентирующих отдельные аспекты конфиденциального содействия граждан этим органам (ст. 17, 18 ФЗ об ОРД).

Сочетание гласных и негласных методов и средств в борьбе с преступностью как принцип закреплён в ФЗ об ОРД (ст. 3) и на практике обусловлен рядом обстоятельств. Сочетание гласных и негласных методов и средств определяется необходимостью:

- использовать разнообразные силы и средства в борьбе с преступностью;
- подтверждать негласно полученные сведения гласными материалами, что позволяет при решении вопроса о возбуждении уголовного дела указать на открытые процессуальные источники возможных судебных доказательств (лица, которые могут выступать в качестве свидетелей, предметы и документы, которые могут быть доказательствами, и т. п.);
- тщательно зашифровывать конфиденциальные источники получения информации о замышляемых, подготавливаемых или совершаемых преступлениях и т.д.

Использование лишь гласных мер не позволяет достигать целей правосудия в полном объеме, и наоборот, одни негласные меры не всегда могут обеспечить решение этих задач. Кроме того, противопоставление одних мер другим усложняет работу, ведет к неоправданным затратам, а иногда и к риску расшифровки негласных сил, средств и методов в борьбе с преступностью.

Как показывает практика, эффективное решение задач борьбы с преступностью обеспечивается комплексным применением оперативно-розыскных сил, средств и методов, оптимальным сочетанием гласных и негласных мероприятий. Такое сочетание определяется с учетом реально складывающейся оперативной обстановки и задач, стоящих перед органами, осуществляющими ОРД.

Однако и этот принцип, представляется, сформулирован не идеально. Во-первых, на наш взгляд, правомерным было бы упоминание в нем сил ОРД, поскольку ни средства, ни методы без сил применяться не могут. Об этом косвенно напоминает фрагмент формулировки ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД: «Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах...». Во-вторых,

законодатель в нормативном правовом акте не показал соотношения методов ОРД и ОРМ, что породило определенные проблемы как в теории, так и практике ОРД. Данный вывод подтверждается тем, что в тексте закона лишь однажды упоминается термин «метод» (ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД), а словосочетание «ОРМ» – шестьдесят пять раз. Очевидно, что метод как способ действий присущ любому ОРМ. Вместе с тем, в теории ОРД встречаются методы, представляющие собой совокупность ОРМ.

Для устранения упомянутых пробелов, по нашему мнению, следует изменить формулировку последнего из рассматриваемых принципов следующим образом: «сочетание средств, методов и оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых гласно и негласно с использованием соответствующих сил».

Соблюдение отмеченных выше исходных положений должностными лицами органа, осуществляющего ОРД, – гарантия эффективности и законности их действий при осуществлении своих полномочий.

Таким образом, важной предпосылкой осуществления ОРД является соблюдение содержащихся в законе принципов, под которыми понимаются основные правила, требования, предъявляемые к данному роду деятельности. В связи с этим предлагаемая нами совокупность правовых норм, посвященных принципам ОРД, будет выглядеть следующим образом.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 4. Принципы оперативно-розыскной деятельности

Оперативно-розыскная деятельность основывается на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав, свобод и законных интересов личности, а также на принципах конспирации, сочетания средств, методов и оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых гласно и негласно с использованием соответствующих сил.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 4. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности

Правовую основу оперативно-розыскной деятельности составляют Конституция Российской Федерации, настоящий Федеральный закон, другие федеральные законы и принятые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, издают в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Организация и тактика проведения органами внутренних дел Российской Федерации, таможенными органами Российской Федерации, Федеральной службой исполнения наказаний оперативно-розыскных мероприятий (кроме наблюдения, проводимого на открытой местности, в транспортных средствах и общественных местах) с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, определяются ведомственными нормативными правовыми актами, согласованными с Федеральной службой безопасности Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

В данном разделе необходимо охарактеризовать существующую нормативную правовую регламентацию задач оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД), выявить недостатки, так или иначе влияющие на оперативно-розыскную практику, оценить возможности по оптимальной корректировке законодательных норм.

В связи с этим следует отметить, что любой вид государственной деятельности, а особенно деятельности, так или иначе существенно ограничивающей права граждан, должен быть четко регламентирован в законодательных и подзаконных нормативных правовых актах.

Правовая основа деятельности – фундаментальная часть правового регулирования возникающих в ней общественных отношений. Причем правовая основа – это не единая часть всех источников правового регулирования оперативно-розыскных отношений, а только важнейший фрагмент одного из них – нормативного правового акта. Таким образом, правовую основу ОРД можно определить как совокупность содержащихся в законодательных и подзаконных нормативных правовых актах правил и предписаний, регламентирующих организацию и осуществление ОРД.

В ч. 1 ст. 15 Конституции Российской Федерации (далее – Конституция России или Конституция РФ) отмечается: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации».

Таким образом, в систему правовых норм, регулирующих ОРД, входят правила и предписания, установленные нормативными правовыми актами различной юридической силы. Совокупность этих актов в области ОРД (их насчитывается несколько сотен) в соответствии с представленными выше положениями закона можно систематизировать в четыре группы (в зависимости от юридической силы и роли, которую они играют в регулировании оперативно-розыскной работы):

- Конституция России;
- законы и иные нормативные правовые акты высших законодательных органов;
- подзаконные нормативные правовые акты высших исполнительных органов (например, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ);
- межведомственные и ведомственные нормативные правовые акты (приказы, утверждающие инструкции, наставления, указания органов, осуществляющих ОРД, прокуратуры РФ и т.п.);

Итак, правовую основу ОРД составляют:

- Конституция России;
- ФЗ об ОРД;
- другие федеральные законы;
- принятые в соответствии с этими законами иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти;
- нормативные правовые акты органов, осуществляющих ОРД, прокуратуры РФ и т.п.

Конституция РФ и ее законодательные акты фиксируют и частично раскрывают лишь базисные положения рассматриваемого вида деятельности. Конкретизация ее содержится в ведомственных нормативных правовых актах, которые согласно ч. 2 ст. 4 ФЗ об ОРД издаются органами, осуществляющими ОРД, в пределах их полномочий и в соответствии с законодательством Российской Федерации. К таким актам следует отнести объявленные ведомственными приказами наставления, инструкции, положения, отражающие основы или отдельные аспекты организации и тактики ОРД. Подавляющее большинство указанных документов имеет гриф ограниченного использования, поскольку содержащиеся в них сведения составляют государственную тайну.

Законодатель в ст. 2 ФЗ об ОРД достаточно системно представил совокупность правовых источников, регламентирующих осуществление ОРД в Российской Федерации.

Вместе с тем следует отметить, что, и эти, на первый взгляд, выверенные нормы, отражающие правовую основу ОРД, на наш взгляд, нуждаются в корректировке.

Первым из нормативных недостатков, по нашему мнению, является отсутствие в числе источников правовой основы ОРД, указанных в ч. 1 комментируемой статьи, принципов и норм международного права.

Российская Федерация относится к государствам, признающим обязательность установлений международного права с включением в собственные

правовые системы не только международных договоров, но и общепризнанных принципов и норм международного права¹. Поэтому принципы международного права рассматриваются сегодня как наиболее общие основы, определяющие его главное содержание. Они служат критерием правомерности поведения государства, и считаются юридически обязательными, если принимаются и признаются международным сообществом в целом, включая государство, на территории которого будут действовать.

В связи с этим в предписании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ отмечается: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Следовательно, для устранения существующего пробела правомерно словосочетание «Правовую основу ОРД составляют...» дополнить фразой «общепризнанные принципы международного права, международные договоры Российской Федерации...» и далее по тексту.

Еще одним пробелом, на наш взгляд, является применение в рассматриваемой статье разных, причем не совпадающих по своим лексическим значениям терминов, описывающих правовые источники ОРД. Так, к ним законодатель в ч. 1 относит нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, во 2 – нормативные акты органов, осуществляющих ОРД, в 3 – ведомственные нормативные правовые акты; в ч. 3 ст. 6 – межведомственные нормативные акты; в ч. 3 ст. 7 – нормативные правовые акты Российской Федерации; в ч. 3 ст. 9 – ведомственные нормативные акты; в ч. 5 ст. 10 – нормативные акты органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность; в ч. 5 ст. 11 – ведомственные нормативные акты; в ч. 7 ст. 18 – нормативные право-

¹ См., например, ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1 ст. 63, ч. 2 ст. 67, ст. 69 Конституции РФ.

вые акты Российской Федерации; в ст. 21 – ведомственные нормативные правовые акты; в ст. 23 – нормативные правовые акты.

Таким образом в ФЗ об ОРД словосочетание «нормативные правовые акты» упоминается четыре раза, «нормативные акты» – семь раз. Поэтому, наверное, сначала следует установить, являются ли идентичными либо отличными друг от друга рассматриваемые понятия. С этой целью целесообразно исследовать различные подходы к ним в области отечественного правоведения.

Одни авторы (Н.И. Матузов, А.В. Малько, А.Ф. Черданцев, П.М. Бабенко, В.В. Лазарев, С.В. Липень, Л.А. Морозова, В.И. Хропанюк и некоторые другие) используют анализируемые термины как синонимы. Вот как об этом пишет М.Н. Марченко: «Среди многочисленных форм (источников) права важное место занимают нормативно-правовые акты государственных органов. Для краткости их нередко называют нормативными актами»¹.

Другие исследователи в своих работах неукоснительно придерживаются термина «нормативно-правовой акт»² или «нормативный правовой акт»³.

Третья, относительно немногочисленная группа авторов, предлагает рассматривать нормативные акты в качестве одной из разновидностей нормативных правовых актов, имеющей, как правило, подзаконный характер. Например, В.Е. Крутских поясняет, что «нормативно-правовые акты подразделяются на законы, нормативные акты (органов) исполнительной власти, нормативные акты органов конституционного контроля (надзора), парламентские регламенты и постановления, акты (органов) местного самоуправления»⁴. Подобный подход во многом обусловливается официальными дефинициями правотворческих ор-

¹ Теория государства и права: курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. С. 342.

² См., например, Азаров Н.И. Теория государства и права: конспекты лекций и методические указания. – М.: Международный университет бизнеса и управления, 2001; а также Рябинин Н.А., Тетерятников Н.Ю. Теория государства и права: словарь основных понятий. Красноярск: СибЮИ РФ, 2003.

³ Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Правовые акты : учеб.-практ. и справ. пособие. М., 1999.

⁴ Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 131-132.

ганов. И хотя в отечественном законодательстве нет определений исследуемых нами понятий, зато есть достаточно распространенный термин «нормативный документ», который широко используется в законодательных и подзаконных актах, где иногда ему дают официальное толкование, подразумевая под ним подзаконные акты нормативного содержания органов публичной власти¹.

Представляется, наиболее точную характеристику нормативных документов как содержащих локальные корпоративные нормы, дают Ю.А. Тихомиров и И.В. Котелевская, указывая, что «нормативные акты, принимаемые нередко вопреки ФЗ..., ведут к приоритету локальных норм. Они порождаются эгоцентрическими и сугубо корпоративными интересами»².

Мы же, исходя, в первую очередь, из лексического значения представленных терминов (нормативный правовой и нормативный акты) придерживаемся точки зрения, базирующейся на нижеследующих аргументах.

Словосочетание «нормативный правовой акт» содержит в себе следующие составляющие элементы:

акт – закон, указ государственных органов, документ³;

нормативный – устанавливающий правила⁴;

правовой – см. право – совокупность устанавливаемых государственной властью юридических норм и правил, регулирующих отношения людей в обществе⁵.

¹ См., например, определение термина «нормативные документы» в ст. 1 ФЗ

«О качестве и безопасности пищевых продуктов» от 2 января 2000 г. №29 (СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 150).

² См. Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Указ. соч. С. 26-27.

³ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. – 4-е изд., дополненное. – М.: «А ТЕМП», 2004. С. 21.

⁴ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 421.

⁵ Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю. Указ. соч. С.577.

С учетом данных словарных определений нормативный правовой акт представляет собой юридический документ, содержащий в себе определенные предписания, обязательные для исполнения.

Словосочетание «нормативный акт» содержит в себе следующие элементы:

акт – закон, указ государственных органов, документ;

нормативный – устанавливающий правила.

Следовательно, это документ, содержащий в себе какие-либо правила. Вместе с тем в нем отсутствует характеристика, подтверждающая юридическую, правовую природу этого документа и приводящая к заключению о необходимости исполнения содержащихся в нем положений.

Из этого можно сделать вывод, что применительно к документам, обеспечивающим законодательное или подзаконное регулирование ОРД, представляется единственно верной конструкция «нормативный правовой акт», которая должна применяться во всех случаях указания на правовую природу происходящих в этой сфере процессов.

Действующая в России система правовых актов основана на принципе верховенства актов, обладающих большей юридической силой. Поэтому для устранения указанного пробела, на наш взгляд, достаточно дать законодательное определение исследуемых понятий, позволяющее идентифицировать их как разнопорядковые либо синонимичные.

Рассматриваемая формулировка, на наш взгляд, имеет еще и сущностный пробел, связанный с предметом нормативного правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с организацией и тактикой проведения ОРМ.

Во-первых, оперативные подразделения используют для решения поставленных перед ними задач различные аспекты ОРД, а не только организационно-тактические.

Во-вторых (и мы это уже отмечали ранее во многих работах¹, да и в данной монографии), ОРМ являются стержнем ОРД, но не единственным ее элементом.

В-третьих, даже если бы речь шла только об ОРМ, кроме их непосредственного проведения сотрудники оперативных подразделений осуществляют также подготовку ОРМ, оформление их результатов с последующим использованием в борьбе с преступностью.

Таким образом, на наш взгляд, оптимальным вместо примененного законодателем было бы следующее завершающее норму словосочетание: «... регламентирующие ОРД».

Введенная в ст. 4 ФЗ об ОРД в 2015 и скорректированная в 2016 году ч. 3 сформулирована следующим образом: «Организация и тактика проведения органами внутренних дел Российской Федерации, таможенными органами Российской Федерации, Федеральной службой исполнения наказаний оперативно-розыскных мероприятий (кроме наблюдения, проводимого на открытой местности, в транспортных средствах и общественных местах) с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, определяются ведомственными нормативными правовыми актами, согласованными с Федеральной службой безопасности Российской Федерации».

Анализ содержания этого предписания приводит к выводу о том, что упоминание в нем об организации и тактике некоторой совокупности ОРМ с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, и взаимодействию в этой части с Федеральной службой безопасности Российской Федерации позволяет предложить перенесение этой нормы в ст. 6 ФЗ об ОРД. Идеальным же вариантом представляется

¹ См., например: Железняк Н.С., Васильев А.Д. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты : монография. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2009.

регламентация этого процесса в межведомственном нормативном правовом акте указанных выше субъектов ОРД.

С учетом отмеченных в тексте настоящей работы замечаний рассматриваемую статью следует представить в иной редакции.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 5. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности

1. Правовую основу оперативно-розыскной деятельности составляют Конституция Российской Федерации, международные договоры и иные международные акты, ратифицированные Россией, настоящий Федеральный закон, другие федеральные законы и принятые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти.

2. Указанные в статье 6 закона государственные органы издают в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные правовые акты, регламентирующие оперативно-розыскную деятельность.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 5. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности

Органы (должностные лица), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных мероприятий должны обеспечивать соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции.

Не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд.

Лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, то есть в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано либо уголовное дело прекращено в связи с отсутствием события преступления или в связи с отсутствием в деянии состава преступления, и которое располагает фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий и полагает, что при этом были нарушены его права, вправе истребовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. В случае, если будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если указанное лицо полагает, что сведения получены не в полном объеме, оно вправе обжаловать это в судебном порядке. В процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

В целях обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

В случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные частью четвертой настоящей статьи.

Полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, хранятся один год, а затем уничтожаются, если служебные интересы или правосудие не требуют иного. Фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания, о чем составляется соответствующий протокол. За три месяца до дня уничтожения материалов, отражающих результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных на основании судебного решения, об этом уведомляется соответствующий судья.

Органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается:

проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения;

принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и незапрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности;

разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без

согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами;

подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация);

фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности.

При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и законных интересов, возмещению причиненного вреда.

Нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Права и свободы человека и гражданина выступают одной из наиболее значимых конституционных ценностей в Российской Федерации. Поэтому ст. 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» является одной из самых больших по объему и важных по значению статей ФЗ об ОРД. Следует отметить, что в этом смысле ФЗ об ОРД – едва ли не единственный законодательный акт, в котором вопросы обеспечения прав личности выделены в отдельную статью и подвергнуты столь подробной регламентации. Целью создания этой совокупности правовых норм явилось небезосновательное стремление законодателя к достижению такого положения, при котором оперативные подразделения и их сотрудники в ходе проведения оперативно-розыскных и иных мероприятий должны строго придерживаться рамок, определенных законом.

Для этого в законе выстроен своеобразный защитный механизм, с помощью которого любое лицо, полагающее, что действия органов, осуществляю-

щих ОРД, привели к нарушению его прав и свобод, может обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурору или в суд.¹

В положении ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД зафиксирована обязанность оперативных подразделений соблюдать права человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни и жилища, а также на тайны: личную, семейную и корреспонденции.

Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну – одно из основных прав гражданина, закрепленное в ст. 23 Конституции РФ, нередко формулируемое как право на защиту данных (или персональных данных), подразумевающее обеспечение интересов личности и ее права активно защищать себя² от неправомерных попыток собирать о себе информацию, хранить досье, т.е. делать человека потенциальной жертвой (например, преследований, шантажа) специальных государственных органов, преступных групп, других граждан и их сообществ. Аналогичный смысл этого права усматривает и Конституционный Суд РФ: «Право на неприкосновенность частной жизни (статья 23, часть 1, Конституции Российской Федерации) означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера. В понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер».³

¹ См., напр.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Идалова

Тимура Саид-Магомедовича на нарушение его конституционных прав рядом статей Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и частью второй статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 № 290-О.

² Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

³ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституци-

В ст. 9 «Ограничение доступа к информации» Федерального закона от 27.07.2006 г. №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» сформулировано следующее: «Запрещается требовать от гражданина (физического лица) предоставления информации об его частной жизни, в том числе информации, составляющей личную или семейную тайну, и получать такую информацию помимо воли гражданина (физического лица), если иное не предусмотрено федеральными законами»¹.

В силу того, что большинство ОРМ осуществляются преимущественно в тайне от проверяемого лица и так или иначе направлены на сбор, хранение и использование информации о конкретной персоне и ее поступках (не всегда проявляющихся как криминальные), в рамках ОРД следует использовать п. 3 ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, согласно которому запрещается «разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами». Проще говоря, специфика ОРД такова, что в момент сбора информации в отношении проверяемого лица сотрудникам оперативного подразделения весьма сложно сразу разделить полученные данные на свидетельствующие о преступной деятельности либо относящиеся к частной жизни фигуранта. Поэтому осуществляется добывание любых сведений, которые могут пролить свет на причастность данного лица к подготовке или совершению преступлений, а в процессе их дальнейшего анализа проводится классификация по указанным выше группам. Све-

онных прав пунктом "б" части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации :определение Конституционного Суда Российской Федерации от 09.06.2005 года № 248-О.

¹ Данное предписание является производным от положения ч. 1 ст. 24 Конституции РФ, согласно которому сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются.

дения, относящиеся к частной жизни лица¹, не подлежат дальнейшему использованию. Что же касается информации о преступной деятельности, то она соответствующим образом проверяется и реализуется с целью решения задач ОРД.

Соответственно, не требуется и согласия лица на сбор, хранение и использование информации о его противоправном поведении, не относящейся к его частной жизни. Незамедлительное же уничтожение такой информации делало бы бессмысленным проведение ОРМ и противоречило бы публичным интересам, для защиты которых осуществляется ОРД.²

Право на неприкосновенность жилища – одно из прав гражданина, закрепленное в ст. 25 Конституции РФ, заключающееся в запрете на проникновение в жилище против воли проживающих там лиц иначе как в случаях, установленных федеральными законами или на основании судебного решения.

Термин «жилище» упоминается в ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 8 и ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД, однако дефиниция, раскрывающая данное понятие, отсутствует, что на практике зачастую неблагоприятно сказывается на решении задач ОРД. Этот недостаток проявляется в первую очередь на этапе подготовки ОРМ при определении субъектами ОРД уровня санкционирования мероприятия.

В ст. 25 Конституции РФ отмечается: «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». Анализ данной нормы свидетельствует, что запрет на проникновение

¹ Преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускается собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия, а потому проведение таких оперативно-розыскных мероприятий не может рассматриваться как нарушение конституционных прав, предусмотренных статьей 24 Конституции Российской Федерации. См. По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой : определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О.

² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Борисенко Николая

Николаевича на нарушение его конституционных прав частью седьмой статьи 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 19.07.2016 № 1671-О.

в жилище против воли проживающих в нем лиц имеет два исключения: случаи, установленные федеральным законом, и наличие судебного решения. Общий подход к возможности ограничения указанных ценностей федеральным законом выражен в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в которой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Что касается судебного разрешения на ограничение рассматриваемого права, то основания для его вынесения и процедурные вопросы зафиксированы в соответствующих профильных законодательных актах (в частности, в ст. 7-9 ФЗ об ОРД). Таким образом, следует констатировать, что в целом проблема неприкосновенности жилища как одного из основных прав человека и гражданина нашла достаточное отражение в российском законодательстве.

В рамках осуществления правоохранительных процедур все вроде бы ясно – при наличии оснований получайте соответствующее судебное разрешение на ограничение рассматриваемого конституционного права и действуйте согласно наработанным оперативно-розыскным методикам 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 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 входящие 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 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 фонду.¹

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 «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 пра-

¹ Существование этой проблемы автор отмечал и ранее: Железняк Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сборник материалов международной научной конференции (16-17 февраля 2006 г.) : в 2 ч. / Сибирский юридический институт МВД России ; отв. ред. С.Д. Назаров. Красноярск, 2006. Ч. 2. С. 189.

вовому 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.¹

¹ 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».

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

Это, видимо, означает, что в указанных законах термины «жилище» и «жилое помещение» используются как синонимы.

Таким образом, исследование отраслевого законодательства применительно к определению понятия жилище позволяет сделать вывод о вариативности подхода к нему законодателя или вообще отсутствии необходимого определения понятия, что создает предпосылки для неоднозначной оценки авторами¹ и использования правоприменителем рассматриваемых юридических норм.

И хотя существуют различные мнения ученых относительно понятия категории «жилище»², 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: «Со-

¹ 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. М., 2011 // СПС КонсультантПлюс.

² 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.

гласно 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 входящие в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания».¹

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 отдыха, хранения имущества либо удовлетворение 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)».²

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

¹ Определение Верховного Суда РФ от 12 октября 2005 г. по делу № 14-Г05-25.

² О судебной практике по делам о преступлениях против личной собственности : постановление Пленума Верховного Суда СССР от 05.09.1986 № 11.

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 нежилых помещений и строений, не входящих в жилой фонд, к жилищу 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...»¹.

И хотя в решении суда в качестве возможного жилища названы лишь хозяйственные постройки, находящиеся на территории индивидуального домовладения, 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 тепло-трассы 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

¹ 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.

четкого понимания правоприменителем содержания этого понятия и обнаружения юридически грамотного выхода из существующей ситуации.

Рассмотренная нами выше вариативность подхода к сути жилища подтверждает мысль о том, что в правоохранительной, в том числе оперативно-розыскной практике, зачастую рождаются 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 сторон, кажущейся ему наиболее обоснованной. Однако эта позиция зачастую может противоречить закону или 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 29.06.2004 № 13-П «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» 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 определяется 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»¹.

С другой стороны, ЖК РФ регулирует 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), имеющие существенные противоречия и не позволяющие однозначно определить содержание категории «жилище», регулируют отношения в области уголовной юстиции и должны использоваться при осуществлении квалификации преступления и уголовно-процессуальных действий. И это позиция не только автора настоящей работы².

Так, например, И.А. Одношевин справедливо отмечает, что «специфика предметов правового регулирования в различных областях права не позволит сформулировать универсальное определение понятию «жилище», которое могло бы использоваться на практике во всех отраслях правоприменения»³.

Выходом из создавшейся ситуации, на наш взгляд, может быть дополнение жилищного законодательства дефиницией, четко формулирующей понятие «жилище», с одновременным исключением подобных определений из иных законодательных актов и фиксацией в них бланкетных норм, отсылающих правоприменителя к профильному закону. Однако специалисты по жилищному праву вряд ли придут в восторг от данного предложения, поскольку, по их мнению, понятие «жилище» (в отличие от жилого помещения) не представляет для них ни нормативного, ни прикладного интереса.

¹ Правда, в жилищной сфере.

² См. подробно: Помазкова С.И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска // Оперативник (сыщик). 2005. №1 (2). С 10-13.

³ Одношевин И.А. Понятие «жилище» и его значение для уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1234.

Второй проблемой такого ОРМ, как «обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (применительно к жилищу) выступают расхождения во взглядах авторов на право органов, осуществляющих ОРД, проникать в жилище против воли проживающих там граждан при наличии соответствующего судебного решения. Что касается негласного оперативно-розыскного проникновения в жилище в отсутствие проживающих там лиц, то все авторы единодушны в том, что при наличии соответствующего судебного решения такие действия легитимны.

Когда же речь заходит о санкционированном судом гласном проникновении сотрудников оперативного подразделения в жилище с преодолением волеизъявления или физического сопротивления находящихся там лиц, ряд авторов (А.Ю. Шумилов, А.Е. Чечетин и некоторые другие) отрицает такую возможность в принципе, используя в качестве аргумента позицию о том, что гласное обследование жилища может проводиться с согласия присутствующих при этом проживающих в нем совершеннолетних дееспособных лиц.

Нам представляется, что оперативно-розыскное законодательство в этой части не видит различия между гласным и негласным обследованием жилища. При проведении данного мероприятия используется одно обеспечивающее права личности основное правило – санкционирование судьей такого обследования. В связи с этим возникает вопрос: почему при негласном обследовании жилища нас не интересует согласие на это указанных выше лиц, а при гласном – мы должны его спрашивать?

В оперативно-розыскной практике возникают ситуации, когда такое обследование необходимо до возбуждения уголовного дела с целью получения фактических данных, свидетельствующих о подготовке или совершении преступления, либо решения иных задач ОРД. Согласно точке зрения отмеченных авторов, осуществление рассматриваемого мероприятия в гласной форме в этом случае без согласия указанных лиц невозможно, что, на наш взгляд, противоречит, во-первых, соответствующим нормам ст. 7, 8 ФЗ об ОРД, во-вторых, по-

ложениям ст. 15 «Вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории» Федерального закона «О полиции» от 07.02.2011 № 3-ФЗ, в соответствии с которым ей предоставляется такое право «для задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления, для пресечения преступления».

Более того, наши доводы, представляется, можно подтвердить и нормами уголовно-процессуального закона. Так, например, предписание ч. 5 ст. 177 УПК РФ «Порядок производства осмотра» гласит: «осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения». Данная формулировка свидетельствует о том, что законодатель предлагает две возможности осмотра жилища (значит, и проникновения в него): согласие проживающих в нем лиц или наличие судебного решения.

Полагаем, что регламентация ФЗ об ОРД проникновения в жилище не может иметь кардинальных отличий от регламентации такого проникновения в сфере уголовного процесса, поскольку и в том, и в другом случаях речь идет об одном и том же – ограничении одного из конституционных прав граждан.

Аналогичные проблемы возникают и при определении критериев неприкосновенности жилища. Как отмечалось выше, право на неприкосновенность жилища – одно из прав гражданина, закрепленное в ст.25 Конституции РФ, заключающееся в запрете на проникновение в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральными законами или на основании судебного решения. И если в значительном количестве федеральных законов это право нашло свое отражение (УК РФ, УПК РФ, ГК РФ, ЖК РФ, ФЗ об ОРД, ФЗ «О полиции» и т.п.), то воплощение его в сфере противодействия криминальным проявлениям представляет определенную сложность. Речь идет об определении критериев, позволяющих судить о состоявшемся факте такого проникновения.

Словарное значение термина «проникнуть» предполагает «попасть, обратиться куда-нибудь внутрь»¹. Логично предположить, что нарушение неприкосновенности жилища имеет место в том случае, когда осуществляющее ОРМ лицо проникает в жилое помещение либо его часть. Вероятно, однозначно можно судить о нарушении неприкосновенности жилища, если, предположим, сотрудник оперативного подразделения входит в жилое помещение против воли проживающих там лиц, преодолевая определенные преграды (волеизъявление находящегося там гражданина, запорные устройства, средства охранной сигнализации и т.п.). Этой же позиции, представляется, придерживается и авторский коллектив, подготовивший Комментарий к УК РФ и отметивший, что «в соответствии с ч.1 ст.139 УК РФ нарушением неприкосновенности жилища будет любое незаконное проникновение в чужое жилище»². Однако приведенные авторами примеры (временное использование жилого помещения в период отсутствия его владельца, вторжение в жилое помещение без ведома владельца) ничего не добавляют к оперативно-розыскному пониманию сущности проникновения в жилище.

С другой стороны, можно ли считать проникновением в помещение просверливание отверстия в стене (двери, окне и пр.) для введения в него прибора фиксации аудио- или видеоинформации? Как быть, если достаточно для этого просверлить только часть преграды? Можно ли полагать нарушением неприкосновенности жилища фиксацию обстановки в нем через окно, замочную скважину, закрепление соответствующего прибора на стене сопредельной квартиры?

Ответы на все эти вопросы возможны лишь при установлении законодателем точно очерченных границ помещения (внешний или внутренний периметр, середина стеновой панели или нечто иное). Полагаем, что эти параметры также могли бы найти отражение в жилищном законодательстве, ориентируя не

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С.605.

² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. М.: НОРМА, 2003. С.326.

только сотрудников оперативных подразделений, но и представителей других профессий (следователей, прокуроров, адвокатов, судей, строителей, работников МЧС и т.п.) на четкое соблюдение одного из основных прав человека и гражданина – права на неприкосновенность жилища.

В вопросе выяснения правомерности проникновения в жилище не остался в стороне и Конституционный Суд РФ: «Законодатель, в соответствии со статьей 25 Конституции Российской Федерации устанавливая федеральным законом условия, при которых допускается проникновение... в жилище против воли проживающих в нем лиц, исходит из того, что подобные действия вызываются необходимостью принятия именно оперативных, не терпящих отлагательства мер по защите жизни, здоровья, достоинства, личной неприкосновенности (статьи 20, 21, 22 Конституции Российской Федерации), иных прав и свобод граждан. Это согласуется с положениями статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации и не нарушает справедливый баланс между правами граждан и правомерными интересами общества и государства, основанный на конституционно значимых целях и ценностях, защищаемых Конституцией Российской Федерации»¹.

Весьма важным представляется положение ч. 2 ст. 5 ФЗ об ОРД, налагающее запрет на осуществление ОРД для достижения целей и решения задач, не предусмотренных указанным законом. Это означает, что имевшая, к сожалению, место практика использования результатов ОРД для документирования не криминальных нарушений в области налогового или административного законодательства является противозаконной². Цели же и задачи ОРД сосредоточены в ст. 1, 2, ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Комарова Алексея Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 18 статьи 11 закона Российской Федерации «О милиции»: определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2001 № 61-О.

² Вместе с тем, если, например, сотрудники оперативных подразделений, специализирующиеся на борьбе с налоговыми преступлениями, проводят ОРМ по документированию налоговых правонарушений, это еще не означает, что их действия неправомерны, поскольку

Норма, сформулированная в ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, создает для гражданина возможность обжалования действий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, если он полагает, что такие действия привели к нарушению его прав и свобод. Законодатель предлагает гражданину выбор в части определения органов или должностных лиц, к которым он может в этом случае обратиться: вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурор, суд. Обжалование таких действий в суд осуществляется в гражданско-правовом порядке. Нередко поводом для обращений граждан в Конституционный Суд РФ становились отказы судов общей юрисдикции в рассмотрении жалоб на действия органов, осуществляющих ОРД, в связи с отсутствием в ФЗ об ОРД специальной судебной процедуры рассмотрения таких жалоб.¹

Предписание ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД раскрывает возможность лица, располагающего фактами проведения в отношении него ОРМ и полагающего, что при этом были нарушены его права, истребовать от органа, осуществляющего ОРД, сведения о полученной о нем информации². Естественно, это требование должно быть изложено в письменной форме. Вместе с тем возникновение такой ситуации законодатель обставляет целым рядом условий, которые должны действовать только в совокупности:

на момент осуществления ОРД они не могут установить наличие (или отсутствие) всех признаков налогового преступления. Ситуация прояснится лишь тогда, когда собранные ими, рассекреченные и переданные в установленном порядке оперативные материалы будут проверены налоговыми органами и по результатам этой проверки принято соответствующее решение.

¹ См. подр.: Вагин О.А., Чечетин А.Е., Шахматов А.В. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : учебно-методическое пособие. СПб.: Университет МВД России, 2010; Железняк Н.С. Оперативно-розыскная деятельность по делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в решениях высших судов Российской Федерации : обзор судебной практики. Красноярск :СибЮИ МВД России, 2017.

² В соответствии с ч. 2 ст. 24 Конституции РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом.

- виновность данного человека должна быть не доказана в установленном законом порядке;
- в отношении него должно быть отказано в возбуждении уголовного дела или уголовное дело должно быть прекращено;
- отказ в возбуждении уголовного дела или его прекращение может базироваться только на двух основаниях: в связи с отсутствием события преступления или отсутствием в деянии состава преступления;
- он должен располагать фактами о проведении в отношении него ОРМ и полагать, что при этом были нарушены его права;
- запрошенная информация должна соответствовать требованиям конспирации и исключать возможность разглашения государственной тайны.

Таким образом, при несоблюдении хотя бы одного из перечисленных условий запрошенная информация гражданину не представляется, о чем ему должно быть сообщено в письменной форме.

Применительно к последнему из представленных в норме условий Конституционный Суд РФ разъясняет следующее: «Оперативно-розыскная деятельность... объективно невозможна без значительной степени секретности. Прежде всего это касается сведений о лицах, участвующих в ней или способствующих ей. Осуществление негласных оперативно-розыскных мероприятий с соблюдением требований конспирации и засекречивание сведений в области оперативно-розыскной деятельности само по себе не нарушает прав человека и гражданина»¹.

В случае несогласия лица с решением органа, осуществляющего ОРД, оно может его обжаловать путем обращения в федеральный суд.

При оценке ч. 5 статьи, формулирующей предписание о предоставлении судье по его требованию оперативно-служебных документов «для обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела», возникает закономерный во-

¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой : определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О.

прос о том, где будут храниться указанные документы, пока с ними будет работать судья? Цена вопроса – их сохранность и недоступность для должностных и иных лиц, не допущенных конкретно к этим материалам. Следует напомнить, что ФЗ об ОРД относительно судьи в ст. 9 зафиксировал нормы, согласно которым он незамедлительно (ч. 1) оценивает представленные оперативные материалы и, не задерживая у себя, возвращает их сотруднику оперативного подразделения (ч. 4). И хотя эти предписания касаются получения судебного разрешения на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ, иной процедуры судебного ознакомления со сведениями, составляющими государственную тайну, закон не предлагает.

Положение ч. 6 ст. 5 ФЗ об ОРД, согласно которому «в случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные частью четвертой настоящей статьи», представляется не соответствующим логике уважения и соблюдения прав человека и гражданина. Оно в нынешнем виде позволяет предполагать, что в случае признания необоснованным отказа органа, осуществляющего ОРД, в предоставлении заявителю сведений в полном или усеченном объеме, содержание решения судьи зависит от усмотрения последнего. Мы полагаем, что данную норму следует рассматривать как обязывание судьей органа, осуществляющего ОРД, предоставить заявителю соответствующие сведения при возникновении описанных в предписании обстоятельств. Проще говоря, при установлении необоснованности действий органа, осуществляющего ОРД, судья обязан принять однозначное решение об ознакомлении истца с полученной в отношении него информацией. Естественно, если решение судьи не удовлетворяет орган, осуществляющий ОРД, его должностные лица вправе в гражданско-исковом порядке обжаловать решение судьи в вышестоящую судебную инстанцию.

Согласно норме, зафиксированной в ч. 7 ст. 5 ФЗ об ОРД, «полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий «фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания, о чем составляется соответствующий протокол».

Вместе с тем сама по себе исследуемая норма вызывает недоумение теоретиков¹ и практиков.

К сожалению, законодатель такой формулировкой создает возможность двойного толкования этого положения. В одном случае это может означать, что сам процесс ликвидации указанных объектов растягивается на полгода, в другом – что в течение указанного срока данные объекты уничтожаются в любое время. Представляется сомнительной, например, ситуация, когда записанные вчера фонограммы телефонных переговоров уже сегодня подвергаются уничтожению. Данное положение логичнее толковать так, что фонограммы и другие материалы уничтожаются по истечении 6 месяцев с момента прекращения прослушивания либо не позднее указанного срока.

Кроме того, согласно ведомственным нормативным правовым актам субъектов ОРД оперативная разработка фигурантов как основа для решения вопроса о возбуждении уголовного дела может протекать от шести месяцев до двух лет. Логика подсказывает, что при формальном соблюдении положений ФЗ об ОРД фактические данные (потенциальные доказательства преступной деятельности) – фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, при их уничтожении будут безвозвратно утрачены для последующего уголовного процесса. Однако это логическое по-

¹ См., напр.: Железняк Н.С., Васильев А.Д. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». С.42–43.

строение не меняет позиции надзирающего прокурора, указывающего на несвоевременное уничтожение таких материалов как на нарушение закона.¹

Проблемным представляется и другое положение данной части, согласно которому «за три месяца до дня уничтожения материалов, отражающих результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных на основании судебного решения, об этом уведомляется соответствующий судья»².

Во-первых, согласно этому предписанию решение об уничтожении указанных материалов нужно принимать не «в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания», а уже через три месяца.

Во-вторых, получается, что указанные материалы мы не можем уничтожить до истечения трех месяцев с момента проведения ОРМ, поскольку тогда не успеем в установленный срок уведомить об этом судью.

В-третьих, представим себе описанную законодателем ситуацию: за три месяца до дня уничтожения материалов сотрудники оперативного подразделения сообщают о готовящейся акции судье, однако через несколько дней после сообщения полученная дополнительно информация позволяет решить вопрос о возбуждении уголовного дела. В этом случае наше уведомление судьи не соответствует действительному положению дел, а значит, необходимо снова уведомить судью об изменившейся ситуации. А если, не дай Бог, по каким-то причинам придется прекратить уголовное дело, то вся процедура уведомления судьи должна повториться. А это уже напоминает не эффективную правоохранительную деятельность, а известную всем с детства сказку про белого бычка.

¹ Возразить что-либо достаточно сложно, поскольку в данном случае прокурор действительно требует соблюдения пусть неудачно сформулированной, но законодательной нормы.

² Несвоевременное уведомление судьи как нарушение закона также встречается в актах прокурорского реагирования.

В-четвертых, если все-таки уведомлять судью, то каким образом – устно или письменно, при непосредственной встрече или по телефону? Законодатель этого не разъясняет¹.

Таким образом, несмотря на некорректную формулировку данной нормы законодателем, проверка факта уничтожения фонограмм и других материалов, полученных в результате прослушивания телефонных и иных переговоров, а также своевременного уведомления об этом судьи является законным требованием надзирающего прокурора в случае наличия у него информации о нарушениях в этой части закона.

В ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД представлены запреты на проведение определенных действий органами (должностными лицами), осуществляющими ОРД.

Первый запрет² не вызывает вопросов у правоприменителя.

Относительно второго запрета следует отметить недостаточную выверенность данной нормы. Действительно, законодатель запрещает «принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и незапрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности».

С выводом о некорректности рассматриваемой формулировки просто согласиться, обратив внимание на выделенные автором ее элементы. В частности, законодатель запрещает принимать негласное участие в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и незапрещенных политических партий,

¹ Такое разъяснение содержится в документе, имеющемся, по нашим данным, на уровне территорий только в республиканских, краевых и областных судах общей юрисдикции. См. п. 31 Информации о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий: Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, Управление систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации (рег. номер 9/5829дсп от 05.06.2014 года).

² Проводить ОРМ в интересах какой-либо политической партии, общественного или религиозного объединения.

общественных и религиозных объединений. Означает ли это возможность такого участия в деятельности незарегистрированных и запрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений? Возможно ли гласное участие органов, осуществляющих ОРД, в указанной деятельности?

Предполагаемые ответы на поставленные вопросы достаточно очевидны для правоприменителя, но отсутствие четкого указания на это законодателя создает определенные пробелы в праве.

Что же касается третьего запрета, то, поскольку для сотрудников оперативных подразделений он устанавливается только на разглашение сведений, «которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые им стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами», сбор, хранение и использование информации, в том числе о частной жизни лица, без его согласия в ходе ОРД представляется социально оправданными и нормативно обоснованными в случае проверки его причастности к подготовке или совершению преступления.¹

Наибольший интерес представляет положение, согласно которому органам, осуществляющим ОРД, запрещается подстрекать, склонять, побуждать ко-

¹ Это уже отмечалось при рассмотрении принципа ОРД – уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, согласно п. 6 определения Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой» «данный Федеральный закон (ФЗ об ОРД – Н.Ж.) не допускает сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни проверяемого лица, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, и другими законными задачами и основаниями оперативно-розыскной деятельности; сбор, хранение и использование сведений, касающихся преступного деяния..., правомерны... и не могут рассматриваться как нарушение конституционных прав, закрепленных в ст. 24 Конституции РФ».

го-либо в прямой или косвенной форме¹ к совершению противоправных действий (провокация).

Вопрос о наличии или отсутствии провокации в действиях сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих проведение отдельных ОРМ, на протяжении последних лет активно рассматривается как теоретиками, так и практиками.

Актуальность этой проблемы заключается, в первую очередь, в том, что в уголовном судопроизводстве, в основном по делам, возбужденным на основании результатов ОРД, сторона защиты активно отстаивает позицию о провокационном характере действий сотрудников оперативных подразделений в рамках таких ОРМ, как «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент». В этой ситуации решение суда о признании (либо не признании) доказательств, сформированных с использованием фактических данных, полученных в ходе ОРД, представляется непредсказуемым и зачастую необъективным.

И если отмеченная проблема ранее имела все же частный характер, то после внесения в ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД июльских (2007 г.) изменений² вопрос о наличии или отсутствии провокации в действиях сотрудников оперативных подразделений приобрел новое звучание.

В теории ОРД устоялась позиция о том, что сотрудник оперативного подразделения не имеет права провоцировать, «подталкивать» проверяемого (разрабатываемого) к совершению противоправных действий. После принятия указанного дополнения в ФЗ об ОРД это мнение переросло в законодательное предписание, обязательное для исполнения. С точки зрения непосвященных, закрепление рассматриваемого законодательного установления – очередной шаг к укреплению законности, повышению эффективности соблюдения прав

¹ Насколько известно, в теории уголовного права существует категория «умысел» – прямой или косвенный, но не форма.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму : Федеральный закон от 24.07.2007 № 211-ФЗ.

личности при осуществлении ОРД, а значит, дальнейшему развитию демократии и гражданского общества.

Но если на состоявшийся законодательный ход посмотреть трезвым профессиональным взглядом, то окажется, что нормативное требование о запрете в сфере ОРД провокации¹ повлекло за собой ситуацию, в которой при всей очевидности вреда провокации вопросов, относящихся к ее сущности, границам, только прибавилось, а ответов в ФЗ об ОРД не добавилось.

Исследование автором законодательных актов ряда государств², ранее входивших в состав СССР в качестве республик, а также Приднестровской Молдавской Республики позволило обнаружить аналогичную по смыслу норму только в ч. 6 ст. 6 профильного закона Кыргызской Республики, согласно которой органам (должностным лицам), осуществляющим ОРД, запрещается «склонять, провоцировать граждан к совершению правонарушения...». Все же остальные государства в лице их законодателя, видимо, посчитали включение идентичной нормы в профильное законодательство нецелесообразным. Действительно, по существу правильные предписания законодателя ничего не добавляют к правовой регламентации ОРД, поскольку отмеченные в норме действия есть не что иное, как нарушение принципа законности, являющегося приоритетным в любом виде государственной деятельности.

Тогда, может быть, исследуемая норма – проявление конкретизации отмеченного конституционного принципа? В это трудно поверить, поскольку принятием дополнения в нормативный правовой акт законодатель, вопреки ожиданиям правоприменителя, ничуть не облегчил его участь, т.к. не разъяснил, что подразумевает под подстрекательством, склонением, побуждением к

¹ См. об этом подробно: Решения ЕСПЧ «Ваньян Г.А. против России» и «Худобин В.В. против России»: Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. – № 7. – С. 102-103.

² Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Туркменистан, Украина. См. Железняк Н.С. Нормативное правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах : научно-практический комментарий. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2006.

совершению противоправных действий, а также что собой представляют прямая или косвенная формы и провокация.¹

В общеупотребительном смысле провокация означает побуждение, подстрекательство к совершению определенных (в том числе и позитивных) действий. Психологические особенности восприятия и понимания существа провокации связаны с совершением лицом конкретных действий, побуждения к которым сформированы сторонним человеком. Стороной, будто бы сформировавшей преступные побуждения, в нашем случае априори считаются должностные лица, проводящие ОРМ «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент» и тем самым вроде бы провоцирующие проверяемых (разрабатываемых) на совершение преступных посягательств.²

Упреки в провокациях при осуществлении ОРД не являются характерными только для России. В провокационных действиях обвиняют любую оперативную (полицейскую) службу, какому бы государству она ни принадлежала. Проблемы разграничения провокации и законности проводимого мероприятия возникают в Германии, Франции, Великобритании, США и других цивилизованных странах. Законодательное условие о недопустимости склонения или подстрекательства лица к совершению противоправных действий остается правовой догмой, основные механизмы которой сосредоточены в рамках индивидуально-интуитивного понимания.

Дискуссии о провокациях оперативных подразделений беспрестанно ведутся в процессе расследования уголовных дел, возбужденных по результатам ОРД. В чем только ни пытается обвинить сотрудников сторона защиты, начиная с заявлений о соучастии оперуполномоченного в совершении конкретного преступления и заканчивая традиционными жалобами о физическом или пси-

¹ Содержащиеся в предписании и выделенные автором термины, видимо, еще предстоит исследовать на лексическом и юридическом уровнях.

² О некой системности попыток стороны защиты обвинить должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в провокационных действиях, активном побуждении подзащитных к совершению преступлений позволяет судить изучение судебной практики.

хическом насилии, примененном в отношении подследственного или подсудимого¹. Однако практика показывает, что выдвигаемые стороной защиты версии о злоупотреблениях сотрудников оперативных подразделений, как правило, имеют только одно предназначение – «развалить» уголовное дело, а не привлечь провинившихся к установленной ответственности.

В связи с этим следует отметить, что должностные лица правоохранительных органов, вовлекаемые судебной властью в процесс судебного разбирательства как свидетели, в добропорядочности которых по каким-то причинам сомневаются представители Фемиды, имеют признанные Конституцией РФ общегражданские права. Перед началом процедуры допроса председательствующий судья обязан разъяснить сотрудникам содержание ст. 51 и ст. 49 Конституции РФ, т.е. наличие права не свидетельствовать против себя и отсутствие обязанности доказывать свою невиновность. Положения презумпции невиновности распространяются на каждого человека (в том числе и на сотрудника оперативного подразделения) и защищают его доброе имя.

Бытующее юридическое безразличие к соблюдению прав допрашиваемых в суде должностных лиц оперативного подразделения должно восполняться соответствующими заявлениями самих представителей органа, осуществляющего ОРД. Практическая реализация конституционных прав у допрашиваемого в суде лица позволяет сотруднику показать собственные знания процессуального права и наличие достаточной правовой культуры. Обусловленный этими обстоятельствами тактико-временной отказ отвечать на заданные вопросы должен касаться двух моментов:

– выяснения информации о наличии протокола устного заявления о признаках должностных злоупотреблений, совершенных допрашиваемым, полученного от защитника с обязательным предупреждением заявителя об уголовной ответственности за заведомо ложный донос по ст. 306 УК РФ. Отказ заяви-

¹ См. подр.: Гармаев Ю.П. Пределы прав и полномочий адвоката в уголовном судопроизводстве и типичные правонарушения. Иркутск: ИПКПР ГП РФ, 2004.

теля подписать протокол устного заявления с обвинением конкретных должностных лиц в совершении «служебных» преступлений снимает все последующие проблемы (в том числе и вызова новых свидетелей);

– апелляции в суде к конституционным гарантиям уголовного судопроизводства и констатирования естественного права допрашиваемого лица отказаться от дачи показаний в отношении самого себя на основании положений ч. 1 ст. 51 Конституции РФ.

Выдвинутые обвинения в провокациях и процессуальных злоупотреблениях, имеющих признаки преступления, предоставляют каждому из должностных лиц возможность добиваться правовой реабилитации и предъявить встречное заявление о привлечении к уголовной ответственности представителей стороны защиты за надуманные обвинения по ч. 2 ст. 298.1 УК РФ «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава».

Распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию (что составляет понятие клеветы), может быть пресечено только путем открытого вызова таким высказываниям со стороны оклеветанного сотрудника.

Вышеизложенное позволяет выделить процессуальную сущность появления высказываний о провокациях при осуществлении ОРД. Для современного уголовного судопроизводства это вполне нормальное правовое явление, отражающее элементы процесса состязательности перед судебной властью сторон обвинения и защиты в вопросах оценки допустимости использования в качестве доказательств фактических данных, полученных при расследовании уголовного дела.

Следует признать, что оперативные подразделения не в силах препятствовать появлению высказываний о допущенных провокациях и должны быть терпимы к правовой свободе действий стороны защиты. Однако они также в силах дать принципиальную оценку сделанным высказываниям и настоять на

формулировании уголовно-правовых претензий к характеру своей деятельности, без которых обвинения в провокации являются пустыми и не влекут за собой уголовно-процессуального внимания.

Комплексная оценка презумпции провокации в ОРД позволяет заключить, что в теоретическом и нормативном правовом аспектах качество законодательного нововведения еще далеко от ожиданий правоприменителя, а использование предложенных тактических и некоторых иных приемов позволит сегодня достаточно успешно бороться с существующей проблемой на практике.

Вместе с тем в этой части следует обратить внимание на постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», где в п. 14 отмечается: «Результаты оперативно-розыскного мероприятия могут быть положены в основу приговора, если они получены в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у виновного умысла на незаконный оборот наркотических средств или психотропных веществ, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также о проведении лицом всех подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния».

Применяя указанное толкование «от обратного», можно прийти к выводу, что действия сотрудников оперативного подразделения по осуществлению проверочной закупки или оперативного эксперимента будут рассматриваться как провокационные, если у проверяемого лица отсутствует умысел на осуществление противоправных действий, сформировавшийся независимо от деятельности сотрудников оперативного подразделения, а также если им не проводились подготовительные действия, необходимые для совершения противоправного деяния.

Таким образом, провокация со стороны сотрудников оперативных подразделений означает умышленное побуждение лица к совершению преступле-

ния в отсутствие у последнего умысла на противоправные действия, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений, а также подготовительных действий, необходимых для совершения противоправного деяния.

Еще одним нововведением законодателя является запрет «фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности» (ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД). Ключевым термином в зафиксированном словосочетании выступает «фальсификация»¹. Его значение в различных словарях описывается сходно: подделывание чего-либо, подмена чего-либо подлинного ложным, мнимым; подделанная вещь, выдаваемая за настоящую, подделка.²

К уголовно наказуемым деяниям, имеющим отношение к фальсификации вообще, относятся:

– служебный подлог (ст. 292 УК РФ) – внесение в официальные документы заведомо ложных сведений или исправлений, искажающих их действительное содержание, вопреки интересам государственной службы, в силу злоупотребления своими должностными полномочиями либо полномочиями государственного служащего из корыстной или иной личной заинтересованности;

– фальсификация доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности (ст. 303 УК РФ) – искусственное создание участвующим в деле лицом или его представителем потенциальных или процессуальных доказательств в пользу одной из сторон, подтасовке, изготовлении и использовании поддельных документов, внесение изменений в вещественные доказательства или их уничтожение в целях вынесения неправосудного решения, приговора или иного важного процессуального акта.

¹ От лат. falsificare – подделывать. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С.836.

² Словарь русского языка: в 4 т. / АН СССР, ин-т рус. яз. ; под ред. А.П. Евгеньевой. М.: Русский язык, 1985-1988. Т.4 С–Я. 1988. С.549–550; Словарь иностранных слов. М.: Рус. яз., 1986. С.519.

Исходя из того, что к результатам ОРД (в оперативно-розыскном смысле) следует причислять оперативно значимые сведения, относящиеся к подготовке, совершению преступлений, розыску причастных к ним лиц, без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, а также факты, являющиеся последствиями использования сотрудниками оперативных подразделений указанных сведений в решении задач оперативно-розыскной деятельности¹, фальсификацию результатов ОРД можно определить как подделку или подмену материальных объектов (документов, иных носителей информации) и сведений о фактах, относящихся к подготовке, совершению преступлений или розыску причастных к ним лиц, без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, вопреки интересам государственной службы, в силу злоупотребления своими должностными полномочиями либо полномочиями государственного служащего из корыстной или иной личной заинтересованности.

Внесение любой нормы в действующий закон должно иметь для правоприменителя принципиальное значение: либо он должен что-либо делать, либо не делать, либо делать, но иначе. Целью такого внесения выступает совершенствование правоприменительной деятельности. Тогда в чем совершенствование этой деятельности в рассматриваемом случае: может быть, правоприменитель наконец понял, что провоцировать и фальсифицировать нельзя; деятельность правоохранительных органов стала эффективней; права граждан получили большую защиту? Ничего подобного. И это связано не с тем, что представители указанных органов редко читают закон или не хотят его выполнять. В связи с этим правоприменителей можно классифицировать на две категории: страдающих правовым нигилизмом (подавляющая часть) и осознающих гармонию между свободой и правопорядком² (к сожалению, большая редкость). Первые – даже при включении новых предписаний в закон ничего не изменят в своей ра-

¹ Авторская позиция относительно понятия результатов ОРД будет аргументирована в соответствующем разделе монографии.

² Данное словосочетание использовано в одном из выступлений Д.А. Медведева, являвшегося в тот момент Президентом РФ.

боте. Вторые – даже без рассматриваемых новелл опираются в деятельности на конституционный принцип законности (ст. 3 ФЗ об ОРД) и действуют сообразно с ним.

В связи с этим представляется, что включение в ч. 8 ст. 5 запрета на фальсификацию результатов ОРД не привносит ничего нового в нормативную правовую регламентацию оперативной работы, а просто закрепляет существующий статус-кво¹.

Согласно ч. 9 ст. 5 «При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и законных интересов, возмещению причиненного вреда».

Проблема указанной нормы заключается в том, что часть помещенного там предписания относительно «прав и законных интересов физических и юридических лиц» не соответствует наименованию статьи и содержанию всех ее остальных частей. Действительно (и выше мы уже упоминали об этом), указанное предписание относительно юридических лиц не встраивается в наименование статьи «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина...», а упомянутые в тексте законные интересы – в права и свободы.

Формулировка, закрепленная в ч. 10 ст. 5 ФЗ об ОРД, указывает на возможность привлечения должностных лиц, нарушающих предписания данного нормативного правового акта, к установленной законом ответственности (в том числе и уголовной – Н.Ж.).

Завершая исследование нормативной регламентации соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД, следует отметить, что она не лишена значительного количества недостатков, существенно влияющих

¹ В международном праве под статусом-кво подразумевается какое-либо существующее или существовавшее на определённый момент фактическое или правовое положение, о восстановлении или сохранении которого идёт речь.

на практику достижения целей ОРД. В связи с этим ниже представляется предложенная автором корректировка совокупности норм, регулирующих вопросы соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

ГЛАВА VI. СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЛИЧНОСТИ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, КОНТРОЛЬ И НАДЗОР ЗА НЕЮ

Статья 20. Соблюдение прав и свобод личности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности

1. Органы (должностные лица), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должны обеспечивать соблюдение прав личности на неприкосновенность частной жизни и жилища, личную, семейную тайну и тайну корреспонденции.

2. Не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных настоящим Федеральным законом.

3. Лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд.

4. Лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, то есть в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано либо уголовное дело прекращено в связи с отсутстви-

ем события преступления или в связи с отсутствием в деянии состава преступления, и которое располагает фактами проведения в отношении него оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий и полагает, что при этом были нарушены его права, вправе истребовать от органа, осуществляющего либо осуществлявшего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. В случае, если ему будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если указанное лицо полагает, что сведения получены не в полном объеме, оно вправе обжаловать это в судебном порядке. В процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

5. С целью обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих или оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе.

6. В случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья обязан потребовать от указанного органа предоставления заявителю сведений, предусмотренных частью четвертой настоящей статьи.

7. Полученные в результате проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, хра-

няться в течение срока оперативной проверки или оперативной разработки, определенного нормативными правовыми актами органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, а затем уничтожаются, если правоохранные интересы не требуют иного. Фонограммы и другие материалы, полученные в результате оперативного контроля электрических сетей связи лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются по завершении оперативной проверки или оперативной разработки, о чем составляется соответствующий протокол.

8. Органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается:

8.1. Проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения.

8.2. Принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также участие в любой форме в деятельности политических партий, общественных и религиозных объединений.

8.3. Разглашать сведения, затрагивающие неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя лиц, которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, без их согласия, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

8.4. Побуждать лиц к совершению преступных действий.

8.5. Фальсифицировать документы оперативно-розыскного производства.

9. При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и свобод личности вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и свобод, возмещению причиненного вреда.

10. Нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава II. ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Статья 6. Оперативно-розыскные мероприятия

При осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия:

1. Опрос.
2. Наведение справок.
3. Сбор образцов для сравнительного исследования.
4. Проверочная закупка.
5. Исследование предметов и документов.
6. Наблюдение.
7. Отождествление личности.
8. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.
9. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений.
10. Прослушивание телефонных переговоров.
11. Снятие информации с технических каналов связи.
12. Оперативное внедрение.
13. Контролируемая поставка.
14. Оперативный эксперимент.
15. Получение компьютерной информации.

Приведенный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен или дополнен только федеральным законом.

В ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий используются информационные системы, видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемка, а также другие технические и иные средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде.

Оперативно-розыскные мероприятия, связанные с контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров с подключением к станционной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, со снятием информации с технических каналов связи, с получением компьютерной информации, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности, органов внутренних дел в порядке, определяемом межведомственными нормативными актами или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов, обладающих научными, техническими и иными специальными знаниями, а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе.

Запрещается проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то настоящим Федеральным законом физическими и юридическими лицами.

Ввоз в Российскую Федерацию и вывоз за ее пределы специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, не уполномоченными на осуществление ОРД физическими и юридическими ли-

цами подлежат лицензированию в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации.

Перечень видов специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности, устанавливается Правительством Российской Федерации.

Разработка, производство, реализация и приобретение в целях продажи специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, индивидуальными предпринимателями и физическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, подлежат лицензированию в соответствии с законодательством Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Исходя из положений ст. 1 ФЗ об ОРД, указанная деятельность осуществляется посредством проведения ОРМ. Однако ФЗ об ОРД не содержит определения понятия ОРМ и тем самым не обеспечивает необходимых методологических предпосылок для единообразного понимания буквы закона. В связи с этим в специальной литературе не затихает полемика ученых о содержании данного понятия, его соотношении с ОРД в целом.

ОРД как сфера научных интересов всегда являлась объектом приложения сил значительного числа исследователей, однако в последние годы их количество растет в геометрической прогрессии, объединяя специалистов различных отраслей знания.

Насколько актуальными, настолько и модными в настоящее время представляются проблемы формирования уголовно-розыскного права и процесса, интерпретации результатов ОРМ, их включения в процесс доказывания и некоторые другие.

Похвальные в целом идеи во многом не претворяются в жизнь по разным причинам, но, на наш взгляд, еще и потому, что их авторы, призывая к глобаль-

ным переменам, не решили пока может быть более приземленной, но от этого не менее важной задачи, заключающейся в установлении соотношения между ОРД и ОРМ.

Эта проблема важна не только для теории ОРД, но и для практики, поскольку отсутствие четкой определенности в позициях ученых зачастую побуждает практических работников сомневаться в правомерности своих действий, а лиц, осуществляющих контроль и надзор за ОРД – принимать недостаточно выверенные решения.

Возвращаясь к теме плюрализма, следует отметить, что в теории ОРД существуют различные подходы к определению сущности рассматриваемой деятельности и комментариям соответствующих норм одноименного федерального закона.

Например, А.Е. Чечетин считает, что ОРД заключается в проведении ОРМ и использовании содействия граждан, В.К. Зникин полагает, что она представляет собой систему добывания и собирания фактической оперативной информации.

Наша точка зрения отличается от приведенных существенной приближенностью к формуле законодателя и состоит в том, что ОРД базируется на подготовке и проведении ОРМ.

Позволим себе высказать резоны в защиту собственного мнения, используя для этого фрагменты текста ФЗ об ОРД.

В семнадцати из двадцати трех статей настоящего закона сорок четыре раза в различных падежных формах упоминается словосочетание «оперативно-розыскные мероприятия». Указанный количественный параметр означает, вероятно, что именно ОРМ являются основой ОРД.

При исследовании качественных характеристик сути данного законодательного акта целесообразно обратить внимание на следующие фрагменты формулировок:

– ст. 1 – «оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой... посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий...»;

– ч. 1 ст. 6 – «при осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия...».

Анализ предложенных фрагментов в их совокупности также позволяет заключить, что стержневым элементом ОРД являются ОРМ.

На это ориентирует и формулировка ч. 5 ст. 6 ФЗ об ОРД, согласно которой «должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов..., а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе...». Как мы видим, первая часть представленного текста подтверждает нашу позицию относительно существа ОРД, а вторая указывает на вспомогательный характер привлечения отдельных лиц для обеспечения рассматриваемой правоохранительной функции.

Наиболее ярко демонстрируют такое соотношение нормы ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, фиксирующие права органов, осуществляющих ОРД. Конструкция ее такова, что п. 1 описывает основное полномочие оперативных подразделений, заключающееся в проведении оперативно-розыскных мероприятий, а нормы п. 2-5 имеют вспомогательный характер, позволяющий при подготовке и проведении таких мероприятий:

- использовать помощь граждан на конфиденциальной основе (п. 2);
- использовать служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц (п. 3);
- использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств орга-

нов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе (п. 4);

– создавать в установленном законодательством порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимых для решения задач оперативно-розыскной деятельности (п. 5).

Завершает исследование качественной характеристики сущности ОРД анализ содержания ст. 22 ФЗ об ОРД, согласно которому «руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, несут персональную ответственность за соблюдение законности при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий».

В данном случае попытаемся подтвердить отстаиваемую нами позицию доказательством «от обратного». Примем как единственно верную, например, точку зрения о том, что ОРД заключается в проведении ОРМ и содействии граждан оперативным подразделениям. В этом случае законодатель должен был обратить ведомственный контроль не только на указанную в рассматриваемой статье сферу, но и на организацию оперативными подразделениями работы по осуществлению гражданами содействия правоохранительным органам. Поскольку это не сделано, постольку, видимо, законодатель посчитал, что содействие граждан субъектам ОРД носит обеспечивающий характер при подготовке и проведении ОРМ.

Аналогичную операцию можно выполнить для опровержения и другого отмеченного нами суждения. Результат, безусловно, будет идентичным.

Принимая изложенные резоны как совокупность доказательств отстаиваемой нами позиции, мы приходим к выводу, что законодатель совершенно справедливо отнес ОРМ к основному содержанию ОРД.

Вместе с тем многие теоретики и практики достаточно критично относятся к этой идее, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем ОРМ и объемом фактических действий, осуществляемых оперативными работниками в ходе ОРД.

Действительно, практика показывает, что таких действий неизмеримо больше и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ, как его элементы. Поэтому нам необходимо однозначно ответить на вопрос: «Охватывают ли ОРМ весь спектр возможностей органов, осуществляющих ОРД?».

Для ответа на него следует обратиться к ст. 6 ФЗ об ОРД, в ч. 1 которой дан исчерпывающий перечень ОРМ. Анализ представленных в нем мероприятий и сопоставление с ними возможностей (и потребностей) оперативных подразделений позволяет судить о наличии в оперативно-розыскной практике мероприятий, не включенных в указанный перечень. К таким мероприятиям следует отнести, например, вербовочную беседу, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, организацию засады и т.п.

С целью подтверждения данного положения можно использовать следующие рассуждения. Несмотря на различные подходы специалистов к формулированию понятия ОРМ, во всех из них присутствуют такие элементы, как:

- оперативно-розыскная цель проводимого мероприятия;
- практические действия оперативно-розыскного характера;
- силы, их осуществляющие.

Применение указанных элементов к предложенным в качестве оперативно-розыскных мероприятиям позволяет судить, что:

при вербовочной беседе:

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является получение согласия привлекаемого лица на оказание содействия оперативному подразделению органа внутренних дел;

- практическими действиями выступают предпринятые оперативным сотрудником в процессе беседы меры по достижению вышеуказанной цели;

- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения;

2) при задержании лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого):

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является его физическое задержание и доставление в орган внутренних дел;
- практическими действиями выступают предпринятые оперативным сотрудником меры по достижению вышеуказанной цели;
- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения или лицо, содействующее ему на гласной основе;

3) при засаде:

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является обнаружение и задержание лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого);
- практическими действиями выступают предпринятые оперативным работником меры по достижению вышеуказанной цели;
- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения или лицо, содействующее ему на гласной основе.

Следовательно, поскольку анализируемые мероприятия содержат элементы, присущие ОРМ, постольку их было бы правомерно отнести к указанной категории.

Такие рассуждения дают основания для изменения существующей нормативной правовой ситуации, но точки зрения о конечной цели этой трансформации различны. Отдельными авторами высказывается позиция о необходимости обязательного отражения в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД ОРМ, ограничивающих права граждан, а также фиксации примерного перечня других мероприятий с завершением его словосочетанием «и иные».

Однако углубленное изучение проблемы позволило найти иной, более приемлемый, на наш взгляд, подход, согласно которому предлагается в статье ФЗ об ОРД, посвященной ОРМ, действительно отразить их перечень, а в отдельной статье закона дать определения этих понятий. Что же касается иных мероприятий, то следует определить общие условия проведения тех или иных действий, позволяющие отнести последние иным мероприятиям. К таким усло-

виям, представляется, правомерно отнести преследуемую оперативным подразделением оперативно-розыскную цель, практические действия оперативно-розыскного характера и оперативно-розыскные силы, участвующие в осуществлении этого мероприятия.

Предложенный подход позволит избежать ситуации, при которой каждое «вновь открытое» мероприятие будет проходить длительную законодательную процедуру включения в имеющийся перечень оперативно-розыскных и иных мероприятий.

Что касается самих ОРМ, закрепленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, то одни авторы под ОРМ понимают проводимое уполномоченными на то лицами на основании и в порядке, предусмотренных ФЗ об ОРД, добывание фактических данных, входящих в предмет исследования по конкретному делу оперативного учета или первичным материалам, а также необходимых для решения других задач ОРД.¹

Другие считают, что ОРМ – это структурный элемент ОРД, состоящий из системы взаимосвязанных действий, направленных на решение конкретных тактических задач. ОРМ носят разведывательно-поисковой характер и направлены на получение информации о лицах, замышляющих, подготавливающих и совершающих преступление, о наличии материальных следов противоправной деятельности, мест нахождения лиц, скрывающихся от следствия и суда, а также без вести пропавших.²

Оба этих определения, как и вышеупомянутые, не лишены недостатков. В первом из них делается упор исключительно на добывание фактической информации. В этом смысле определение противоречит сути ОРД, заключающейся в добывании и использовании оперативно значимой информации в решении

¹ Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие. М.: Издатель И.И. Шумилова, 1998. С. 60.

² Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.В. Николюка. М.: Спарк, 2003. С. 51–52.

поставленных перед ней задач. Рассматриваемое же определение, отмечая одну из сторон ОРМ (познавательную) – добывание информации, абсолютно упускает ее вторую часть (деятельную) – использование указанных сведений. Действительно, представляется бессмысленным добывание той или иной информации без ее последующего использования.

Недостатком второго определения является то, что из его формулировки (предложение первое) абсолютно непонятно предназначение исследуемой совокупности действий. Во втором предложении отмечается, что ОРМ носят разведывательно-поисковый характер и направлены на получение информации. Обе отстаиваемые авторами черты ОРМ нельзя принять. Теория и практика борьбы с преступностью убедительно свидетельствуют, что практически любое мероприятие в рамках ОРД может осуществляться с различными целями (например, опрос – добывание информации, дезинформация и т.п.; оперативное внедрение – добывание информации, решение задачи по разобличению преступной группы и т.п.).¹

Для того чтобы дать собственное определение понятия ОРМ, следует сначала определиться с термином «мероприятие». Мероприятие – совокупность действий, объединенных единым замыслом.

Таким образом, оперативно-розыскное мероприятие представляет собой совокупность основанных на использовании оперативно-розыскных сил, средств и методов, объединенных единым тактическим замыслом действий, осуществляемых оперативными подразделениями в целях своевременного выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений, розыска причастных к ним лиц и без вести пропавших, решения других задач ОРД.

Поскольку в рамках ОРД решаются разные задачи, должностные лица оперативных подразделений в зависимости от сложившейся ситуации избирают

¹ Подробный анализ определений понятия «оперативно-розыскные мероприятия» см.: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура : препринт. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2004.

различную совокупность действий, определяющую вид ОРМ и тактику его проведения.

Перечень, закрепленный в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, объединяет пятнадцать таких мероприятий.¹ Различные авторы делали попытки распределить ОРМ по разным основаниям, но наиболее удачной представляется классификация по критерию уровня их санкционирования.

В зависимости от характера и степени общественной значимости выделяют следующие категории ОРМ²:

1) несанкционируемые (данная категория характеризуется отсутствием у должностного лица в подавляющем большинстве случаев необходимости обращаться к кому-либо за разрешением на их проведение):

опрос;

наведение справок;

сбор образцов для сравнительного исследования;

исследование предметов и документов;

наблюдение;

отождествление личности;

2) ведомственного санкционирования (эта категория мероприятий, наоборот, в большинстве случаев³ нуждается в санкционировании со стороны руководителя органа, осуществляющего ОРД, посредством вынесения постановления, утверждаемого указанным должностным лицом):

проверочная закупка;

оперативное внедрение;

¹ В аналогичных законах государств, ранее входивших в состав СССР (Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Туркменистан, Украина), их насчитывается от семи до двадцати трех.

² Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. А.Ю. Шумилова. М., 2004. С. 64–65.

³ Проведение проверочной закупки и контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, которые не запрещены и не ограничены в обороте, не требует получения такого разрешения.

контролируемая поставка;
оперативный эксперимент;

3) судебного санкционирования (проведение данных мероприятий как ограничивающих конституционные права граждан за редким исключением¹ возможно лишь при наличии судебного разрешения в виде постановления федерального судьи):

обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств;

контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений;

прослушивание телефонных переговоров;

снятие информации с технических каналов связи;

получение компьютерной информации.

В связи с этим следует обратить внимание на два недостатка, содержащихся в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД.

Первый из них связан с неверными, по нашему мнению, формулировками ОРМ. Не подвергая анализу каждое из них, отметим, что такие мероприятия, как опрос, наведение справок, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств весьма схожи с действиями, осуществляемыми, например, частными детективами. С целью отграничения мероприятий сотрудников оперативных подразделений от действий иных лиц и для закрепления их родовой принадлежности предлагается (и в пользу этого уже высказывались В.М. Аتماжитов и В.Г. Бобров) перед названием каждого мероприятия добавить термин «оперативный» (например, оперативный опрос, оперативное наведение справок, оперативное наблюдение, оперативное отождествление личности и т.п.).

¹ Речь идет об исключениях, содержащихся в ст. 8 ФЗ об ОРД, и о проведении обследования, объектом которого будет являться не жилище.

Второй недостаток заключается в формулировании трех ОРМ технического характера, которые, на наш взгляд, весьма похожи, поскольку осуществляются практически одинаковым образом (с возможными небольшими отличиями). В пользу этого в своем диссертационном исследовании высказывался А.А. Черных, анализируя сходство и различие прослушивания телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи и предлагая единое мероприятие – контроль электрических сетей связи¹.

ФЗ от 06.07.2016 № 374-ФЗ в ФЗ об ОРД введено новое ОРМ «получение компьютерной информации», и, хотя оно еще недостаточно проработано², имеющиеся сведения позволяют судить об использовании для его осуществления аппаратуры операторов связи, как, собственно, делается и при проведении отмеченных выше мероприятий. Поэтому можно предположить отсутствие необходимости законодательного деления ОРМ технического уровня (прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, получение компьютерной информации) на отдельные мероприятия, а объединить их под одним названием, например, контроль электрических сетей связи. При этом в соответствии со ст. 2 закона³ сеть связи определяется как технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи (п. 24); средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи, включая технические системы и устройства с измерительными функциями (п. 28); электросвязь – любое излучение, передача или прием знаков, сигналов, го-

¹ Черных А.А. Правовая, организационная и тактическая основы контроля электрических сетей связи оперативными подразделениями органов внутренних дел : дис.... к.ю.н., Омск: Омская академия МВД России, 2004.

² По крайней мере, на настоящий момент отсутствуют какие-либо нормативные правовые акты, регулирующие организацию и тактику его проведения.

³ О связи : Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ.

лосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (п. 35).

Таким образом, представляется целесообразным вместо трех существующих ОРМ технического характера, ограничивающих конституционные права граждан, включить в закон одно – оперативный контроль электрических сетей связи. Данное мероприятие будет охватывать все действия, необходимые для контроля электрических сетей связи, в том числе электронных устройств, используемых для передачи/приема/хранения/обработки информации.

Анализ ч. 2 рассматриваемой статьи позволяет судить о том, что приведенный в ч. 1 перечень ОРМ является закрытым, что, на наш взгляд, представляется еще одним недостатком закона.

Вместе с тем многие теоретики и практики достаточно критично относятся к идее закрытости списка ОРМ, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем и объемом фактических действий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений в ходе ОРД.

Практика показывает, что таких действий неизмеримо больше, и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ как его элементы. Поэтому нам необходимо однозначно ответить на вопрос: «Охватывают ли ОРМ весь спектр возможностей органов, осуществляющих ОРД?».

Для ответа на него следует обратиться к ст. 6 ФЗ об ОРД, где в ч. 1 дан исчерпывающий перечень ОРМ. Анализ представленных в нем мероприятий и сопоставление с ними возможностей (и потребностей) оперативных подразделений позволяют судить о наличии в оперативно-розыскной практике ОРМ, не включенных в указанный перечень. К таким мероприятиям следует отнести, например, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, организацию засады и т.п.

С целью подтверждения данного положения можно использовать следующие рассуждения. Несмотря на различные подходы специалистов к формулированию понятия ОРМ, во всех из них присутствуют такие элементы, как:

- оперативно-розыскная цель проводимого мероприятия;
- практические действия оперативно-розыскного характера;
- силы, их осуществляющие.

Применение указанных элементов к предложенным в качестве оперативно-розыскных мероприятиям позволяет судить, что

1) при задержании лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого):

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия являются его физическое задержание и доставление в ОВД;
- практическими действиями выступают предпринятые сотрудником оперативного подразделения меры по достижению вышеуказанной цели;
- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения;

2) при засаде:

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия являются обнаружение и задержание лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого);
- практическими действиями выступают предпринятые сотрудником оперативного подразделения меры по достижению вышеуказанной цели;
- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения.

Следовательно, поскольку анализируемые мероприятия содержат элементы, присущие ОРМ, постольку их правомерно отнести к указанной категории.

Такие рассуждения дают основания для изменения существующей нормативной правовой ситуации, но точки зрения о конечной цели этой трансформации различны. Отдельными авторами высказывается позиция о необходимости

обязательного отражения в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД ОРМ, ограничивающих права граждан, а также фиксации примерного перечня других мероприятий с завершением его словосочетанием «и иные».

Однако углубленное изучение проблемы позволило найти иной, более приемлемый, на наш взгляд, подход, согласно которому предлагается в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД действительно отразить перечень ОРМ. В статье, посвященной основным, понятиям, используемым в законе, следует дать определения каждого ОРД. Что же касается иных мероприятий, то следует квалифицировать общие условия проведения тех или иных действий, позволяющие отнести последние к ОРМ. К таким условиям, представляется, правомерно отнести преследуемую оперативным подразделением оперативно-розыскную цель, практические действия оперативно-розыскного характера и оперативно-розыскные силы, участвующие в осуществлении этого мероприятия.

Предложенный подход позволит избежать ситуации, при которой каждое «вновь открытое» мероприятие будет проходить длительную законодательную процедуру включения в имеющийся перечень ОРМ.

Действующее оперативно-розыскное законодательство характеризует оперативно-розыскной процесс как совокупность ОРМ, направленных на защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств¹, позволяющих решить различные частные задачи ОРД².

Против подхода к содержанию ОРД как исключительно совокупности ОРМ обоснованно выступали представители кафедры организации оперативно-розыскной деятельности Академии управления МВД России В.М. Аتماжитов и В.Г. Бобров, которые отмечали: «Надо признать, что оперативно-розыскные

¹ Ст. 1 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

² По мнению автора, под частными задачами ОРД следует понимать отдельные результаты, которых необходимо достичь для решения общих задач ОРД (установление местонахождения похищенного имущества, привлечение лица к содействию и т.п.).

мероприятия составляют «сердцевину» оперативно-розыскной деятельности, но они далеко не исчерпывают всего ее содержания». Они же ратовали за необходимость включения в закон нормы, разрешающей применять и иные мероприятия¹. А.Ю. Шумилов также указывал, что ОРД осуществляется не только с помощью ОРМ, но является системой «оперативно-розыскных средств, действий и решений»². Осуществлял подобные шаги и автор настоящей работы, который считает, что «в общеупотребительном смысле ОРД представляет собой целостную систему оперативно-розыскных и иных мероприятий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений и оказывающими им содействие лицами в борьбе с преступностью»³. Таким образом, не только упоминавшиеся выше, но и многие другие авторы настаивали и продолжают настаивать на том, что ОРМ является не единственным структурным элементом ОРД, и постановка между ними знака равенства является законодательным недостатком предписания ст. 1 ФЗ об ОРД, не вписывающимся в теорию ОРД.

На практике же отмеченный нормативный пробел обуславливает существование проблемы оценки правомерности действий сыщиков, в свою очередь влияющей на возможность использования их результатов в решении задач ОРД и уголовного судопроизводства.

Поэтому, на наш взгляд, назрела необходимость во включении наиболее часто применяемых в оперативно-розыскной практике, но не перечисленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД действий, в рассматриваемый законодательный акт.

¹ См.: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-практического семинара / отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 6, 9.

² См. Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. проф. А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 64.

³ Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник. Красноярск : СибЮИ ФСКН России, 2012. С. 9.

Для этого сначала следует определиться с тем, как будут называться эти действия, что из себя они будут представлять, по каким параметрам относить те или иные из них к правомерным.

Мы полагаем, что такие действия следует назвать иными оперативными мероприятиями¹.

Представляется, что иное оперативное мероприятие – любая совокупность правомерных действий, осуществляемых уполномоченным лицом государственного правоохранительного органа или специальной службы, не отраженных в перечне оперативно-розыскных мероприятий, но соответствующих определенным в законе условиям и направленным на решение задач оперативно-розыскной деятельности.

Отсюда возникает следующий вопрос: какие условия должны соблюдаться, чтобы эти действия или их совокупность признавались иным оперативным мероприятием². С целью его разрешения, на наш взгляд, в ст. 6 ФЗ об ОРД необходимо сформулировать следующее предписание: «Любая совокупность правомерных действий, не отраженная в части первой настоящей статьи, но направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности и соответствующая представленным ниже условиям, образует иное оперативное мероприятие, если:

1. Осуществляется уполномоченным субъектом оперативно-розыскной деятельности.
2. Преследует достижение целей и решение задач оперативно-розыскной деятельности.

¹ С одной стороны, такое название не выпадает из контекста оперативно-розыскной деятельности и регулирующего ее закона, с другой – отличает рассматриваемые совокупности действий от ОРМ.

² Напоминаем, что в действующей редакции ФЗ об ОРД такие условия не содержатся.

3. Представляет собой не подпадающие под понятие оперативно-розыскного мероприятия практические действия с использованием сил, средств и методов оперативно-розыскной деятельности».

При соблюдении таких условий к иным оперативным мероприятиям можно отнести значительное количество совокупностей оперативно значимых действий – оперативное задержание; оперативный досмотр; оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений; оперативное прерывание предоставления услуг связи; оперативное вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки, территории, в транспортные средства; засаду; привлечение к содействию и т.п.

Поразительно, но сегодня сотрудники большинства государственных правоохранительных органов и специальных служб, осуществляющих оперативно-розыскное противодействие преступности, не имеют реальных нормативно закреплённых рычагов воздействия на правонарушителей. Это еще раз убеждает в правильности мысли о необходимости введения в закон иных оперативных мероприятий, в значительной степени представляющих собой меры государственного принуждения¹.

Объем работы не позволяет подробно остановиться на всех оперативных мероприятиях, которые можно было бы назвать. Поэтому следует оценить лишь некоторые из них – те, которые наиболее часто встречаются в оперативно-розыскной практике: оперативное задержание, оперативный досмотр, оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

По нашему мнению, оперативное задержание – иное оперативное мероприятие, заключающееся в физическом ограничении возможности свободного передвижения лица и осуществления им иных действий с целью принудительного препровождения в правоохранительный орган, решения других частных задач оперативно-розыскной деятельности.

¹ См. об этом: Чумаров С.А. О правовой форме принудительных процедур, применяемых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2015. № 3 (44).

Оно наиболее характерно для проведения таких ОРМ, как проверочная закупка, оперативный эксперимент, контролируемая поставка.

Оперативное задержание не имеет нормативной правовой регламентации.

В настоящий момент действуют два законодательных акта, так или иначе регулирующих задержание лица, заподозренного в подготовке или совершении преступления – Уголовно-процессуальный кодекс РФ и ФЗ «О полиции». Попробуем рассмотреть имеющиеся в них возможности применительно к весьма распространенному на практике задержанию лица при сбыте им наркотических средств.

В частности, в ст. 91 УПК РФ содержатся следующие основания задержания подозреваемого:

«1) когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения;

2) когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление;

3) когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления».

Вместе с тем в соответствии со ст. 46 «подозреваемый, задержанный в порядке, установленном статьей 91 настоящего Кодекса, должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания», т.е. до окончания отмеченного периода времени должно быть возбуждено уголовное дело, что в нашем случае возможно только после подтверждения специалистом факта соответствия изъятого в ходе ОРМ вещества наркотическому. И если в условиях крупного города сделать это не представляет большой сложности, то в малонаселенных пунктах это – существенная проблема.

Более того, представим себе часто встречающуюся ситуацию, когда заподозренное в совершении преступления лицо отказывается добровольно перемещаться с места задержания в правоохранительный орган. В этом случае, например, у полиции есть хотя бы какая-то возможность решить данную пробле-

му¹, чего не скажешь о сотрудниках иных правоохранительных органов и специальных служб, которым такие права законом не предоставлены.

Что касается ФЗ «О полиции», то в ст. 14 его главы 4 «Применение полицией отдельных мер государственного принуждения» содержится регламентация вопросов задержания. В ней, в частности, перечислены категории лиц, которые могут быть подвергнуты задержанию, и определены некоторые условия действий полиции при осуществлении этой меры государственного принуждения. Однако ни в одной из 13 отраженных в статье позиций относительно категорий лиц, которых имеет право задерживать полиция, не содержится указания на возможность задержания лица для решения задач оперативно-розыскной деятельности. Конечно, в ней, например, отмечается право полиции задерживать лиц, подозреваемых в совершении преступления², однако, по основаниям, которые предусмотрены уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации. А это означает, как мы уже отмечали выше, что, например, в результате проведения проверочной закупки процессуальное задержание лица, подозреваемого в сбыте наркотиков, будет правомерным лишь в том случае, когда исследование позволит идентифицировать изъятое вещество как наркотическое.

Кроме того, «в ст. 92 УПК РФ содержится регламентация только незначительной части фактического порядка задержания – регламентация единственного заключительного этапа задержания. В УПК РФ вообще отсутствует норма, которая бы предусматривала полный порядок задержания, существующий фактически, реально.

¹ В соответствии с п. 13 ст. 13 ФЗ «О полиции» ей предоставлено право «доставлять граждан, то есть осуществлять их принудительное препровождение, в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции...».

² Поскольку ОРД в основном осуществляется ради борьбы с преступностью, можно сделать вывод, что любые иные основания для задержания лица, не связанные с подготовкой или совершением преступления, для настоящего исследования не представляют научного и практического интереса.

При сравнении практически существующего и предполагаемого нормами УПК РФ порядка задержания, обнаруживается, что реальное фактическое ограничение лица в свободе передвижения находится за границами уголовно-процессуального отношения по поводу задержания лица по подозрению в совершении преступления. В рамках уголовно-процессуального отношения находится только составление протокола о задержании. Само задержание, таким образом, не имеет уголовно-процессуальной регламентации»¹.

Отсюда следует вывод, что предписания УПК РФ, посвященные проблеме задержания, не могут быть основой нормативного регулирования фактического задержания лица.

Отсутствие соответствующих норм в профильных законах иных, кроме органов внутренних дел, ведомств, как и в ФЗ об ОРД, создает серьезные препятствия для решения государственных правоохранительных задач, поскольку относит осуществляемые сыщиками действия к разряду неправомερных. Поэтому единственным путем разрешения существующей ситуации выступает законодательное регулирование рассматриваемой и иных описываемых в работе совокупностей оперативно значимых действий.

Так как же законодательно урегулировать фактическое задержание заподозренного в преступной деятельности лица сотрудниками оперативного подразделения любого правоохранительного ведомства или специальной службы? На наш, взгляд, сделать это можно единственным путем – посредством определения и включения в ФЗ об ОРД условий, указанных автором в начале статьи. По этому же пути следует пойти, поместив в ФЗ об ОРД определения понятий иных оперативных мероприятий.

После задержания подозреваемого его необходимо досмотреть.

¹ См. подробно: Бабурин В.В., Сурихин П.Л. Незаконное задержание: уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты : монография. Красноярск : СибЮИ МВД России, 2004. С. 69.

Оперативный досмотр – иное оперативное мероприятие, предполагающее действия сотрудников оперативного подразделения и иных должностных лиц правоохранительного органа или специальной службы, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по обнаружению на теле или в его естественных полостях, в одежде лица либо находящихся при нем вещах и в принадлежащих ему транспортных средствах материальных объектов, имеющих значение для решения задач борьбы с преступностью.

Досмотр в существующей нормативной ситуации осуществляется полицией в соответствии с п. 16 ст. 13 ФЗ «О полиции», в котором отмечается ее право «осуществлять в порядке, установленном законодательством об административных правонарушениях, личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества и их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, изымать указанные предметы, средства и вещества при отсутствии законных оснований для их ношения или хранения...».

В связи с этим стоит обратить внимание на два очень существенных момента: во-первых, рассматриваемая норма может реализовываться исключительно полицией, во-вторых, в ней перечислен закрытый перечень материальных объектов, подлежащих обнаружению и изъятию. Здесь не отражены материальные объекты, являющиеся потенциальными доказательствами преступной деятельности (например, помеченные денежные купюры, документы, печати, штампы с признаками подделки и т.п.). Таким образом, использовать указанное положение в ходе оперативно-розыскной деятельности иными субъектами правоохранительной деятельности в большинстве случаев не представляется возможным.

Конечно, рассматривая проблемы оперативного досмотра, нельзя забывать о норме, содержащейся в ч. 3 ст. 48 ФЗ «О наркотических средствах и пси-

хотропных веществах», согласно которой «должностные лица органов внутренних дел, таможенных органов, органов федеральной службы безопасности при осуществлении контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров вправе производить досмотр граждан, почтовых и багажных отправок, транспортных средств и перевозимых грузов при наличии достаточных оснований полагать, что осуществляются незаконные хранение, перевозка или пересылка наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров».

Правда, следует сразу же оговориться: для того, чтобы эта норма работала, необходимо соблюдение условия, содержащегося в ч. 1 рассматриваемой статьи, согласно которой «в целях предупреждения, выявления и пресечения преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в местах произрастания и культивирования наркосодержащих растений, а также в местах возможного осуществления незаконных перевозок наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров решениями органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с настоящим Федеральным законом и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации определяются территории, в пределах которых осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров».

Поскольку федеральными властями такой нормативный правовой акт не разработан, в ряде регионов страны приняты законы субъектов Федерации, признающие подведомственные им пространства территориями, в пределах которых осуществляется контроль хранения, перевозки или пересылки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров»¹.

¹ Об определении Красноярского края территорией, в пределах которой осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров : закон Красноярского края от 25.11.2010 № 11-5325.

Описанные обстоятельства обеспечивают правомерное проведение оперативного досмотра, но только в отношении наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров, и исключительно на территориях субъектов, законодательные органы которых приняли соответствующие нормативные правовые акты.

Поэтому потребность во включении в ФЗ об ОРД предписания о возможности проведения оперативного досмотра¹ рассматривается нами как насущная необходимость в повышении эффективности правоохранительной деятельности и установлении должного правопорядка.

В ходе досмотра может происходить обнаружение и изъятие материальных объектов, представляющих оперативный интерес для субъектов ОРД.

Оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений – иное оперативное мероприятие, состоящее в применении с целью решения задач борьбы с преступностью временного принудительного лишения лица права пользоваться и распоряжаться указанными объектами и перемещения их в орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, не приводящих к их отчуждению и не порождающих перехода права собственности к государству.

С одной стороны, возможность органов, осуществляющих ОРД, производить при проведении ОРМ изъятие документов, предметов, материалов и сообщений сформулирована в ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, но она впоследствии² обставлена таким количеством условий и процедур, что представляется весьма сложной для применения³. С другой стороны, изъятие в законе не причислено ни к

¹ Здесь мы не рассматриваем вопросы личного обыска, поскольку они связаны с возбуждением уголовного дела, которое возможно лишь после оперативного задержания, оперативного досмотра лица, оперативного изъятия у него вещества, его оперативного исследования и идентификации как наркотического средства.

² В ред. Федерального закона от 26.12.2008 № 293-ФЗ.

³ См. об этом: Железняк Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участ-

каким оперативным действиям, а выступает как право оперативных подразделений. В связи с этим, на наш взгляд, было бы правомерным отнести изъятие к оперативным мероприятиям и по возможности упростить существующую процедуру. Для этого автор предлагает включить в закон следующие предписания:

«В случае оперативного изъятия документов, предметов, материалов, сообщений при проведении гласных оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

При возникновении угрозы ухудшения оперативно-хозяйственной деятельности юридического лица в связи с изъятием у него документов по требованию его полномочного представителя с них должностным лицом, осуществившим изъятие, изготавливаются копии и в течение 10 суток с момента составления протокола передаются представителю юридического лица оговоренным с ним правомерным способом.

По требованию физического лица, у которого были изъяты документы, должностное лицо, осуществившее изъятие, изготавливает и в течение 10 суток с момента составления протокола передает ему копии документов оговоренным с ним правомерным способом.

В случае изъятия большого количества документов копии изготавливаются лишь с тех из них, отсутствие которых может отрицательно повлиять на оперативно-хозяйственную деятельность юридического или жизнедеятельность физического лица».

Такие законодательные нововведения, на наш взгляд, минимизируют существующую процедуру оперативного изъятия и позволяют придать ему большую эффективность.

Но и это, по нашему мнению, представляется недостаточным для оценки правомерности ОРД. Выше мы отметили существование в ней кроме оперативно-розыскных иных оперативных мероприятий как неких реализуемых уполномоченными должностными лицами совокупностей действий, наличие которых необходимо отметить в ФЗ об ОРД. Однако, как быть, если в ходе ОРД осуществляются не содержащиеся в предлагаемой редакции ФЗ об ОРД¹ одно конкретное действие или их совокупность, – например, передача «закупщику» записывающего устройства, копирование денежных купюр, используемых как средство расчета при проверочной закупке, оформление конкретных документов и т.п.?

Полагаем, что их целесообразно охарактеризовать как оперативно значимые действия – любые правомерные действия сотрудников оперативного подразделения и иных должностных лиц правоохранительного органа или специальной службы, не отраженные в законе, но не противоречащие целям оперативно-розыскной деятельности и направленные на решение ее задач.

Включение в ФЗ об ОРД понятия оперативно значимых действий позволит сотрудникам оперативных подразделений и иным уполномоченным должностным лицам избежать обвинений со стороны представителей защиты и надзирающего органа в осуществлении в ходе ОРД шагов, не предусмотренных законом и, следовательно, оцениваемых как противоправные.

Возможно (как менее удачный вариант, дополняющий решение отмеченных проблем) распространение на все субъекты ОРД положений ст. 15, 18-24 ФЗ «О полиции», позволяющих в необходимых случаях осуществлять вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории, применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие, либо внесение соответствующих предписаний в ФЗ об ОРД.

¹ Разместить в законодательном акте все возможные действия уполномоченных лиц органов, осуществляющих ОРД, представляется бесперспективным.

Очевидно, что предлагаемые автором пути совершенствования нормативной правовой регламентации, теории и практики ОРД должны найти отражение в ФЗ об ОРД. Такой подход позволит уполномоченным должностным лицам чувствовать себя более свободными и защищенными в практическом решении задач борьбы с преступностью.

Однако предварительно на уровне диссертационного или иного монографического исследования следует тщательно оценить значение и целесообразность введения в ОРД и ее правовую регламентацию иных оперативных мероприятий.

Что касается иных норм, содержащихся в рассматриваемой статье, они либо не требуют внимания исследователей, либо будут анализироваться в ином разделе работы.

Таким образом:

1) оперативно-розыскное мероприятие представляет собой совокупность основанных на использовании оперативно-розыскных сил, средств и методов, объединенных единым тактическим замыслом действий, осуществляемых оперативными подразделениями в целях своевременного выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений, розыска причастных к ним лиц и без вести пропавших, решения других задач ОРД;

2) по уровню санкционирования выделяют следующие категории ОРМ:

– несанкционируемые (характеризуются отсутствием у должностного лица необходимости в подавляющем большинстве случаев обращаться к кому-либо за разрешением на их проведение);

– ведомственного санкционирования (должны быть санкционированы руководителем органа, осуществляющего ОРД);

– судебного санкционирования (проведение данных мероприятий как ограничивающих конституционные права граждан, за редким исключением, воз-

можно лишь при наличии судебного решения в виде постановления федерального судьи).

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ
Глава III. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ
И ИНЫЕ ОПЕРАТИВНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ

Статья 10. Оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия

1. При осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия:

- 1.1. Оперативный опрос.
- 1.2. Оперативное наведение справок.
- 1.3. Оперативный сбор образцов.
- 1.4. Оперативное исследование.
- 1.5. Оперативное наблюдение.
- 1.6. Оперативное отождествление.
- 1.7. Оперативная закупка.
- 1.8. Оперативное внедрение.
- 1.9. Оперативная поставка.
- 1.10. Оперативный эксперимент.
- 1.11. Оперативное обследование.
- 1.12. Оперативный контроль сетей почтовой связи.
- 1.13. Оперативный контроль сетей электрической связи.

2. Приведенный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен только федеральным законом.

3. Любая совокупность правомерных действий, не отраженная в части первой настоящей статьи, но направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности и соответствующая представленным ниже условиям, образует иное оперативное мероприятие, если:

3.1. Осуществляется уполномоченным субъектом оперативно-розыскной деятельности.

3.2. Преследует достижение целей и решение задач оперативно-розыскной деятельности.

3.3. Представляет собой не подпадающие под понятие оперативно-розыскного мероприятия практические действия с использованием сил, средств и методов оперативно-розыскной деятельности.

4. К иным оперативным мероприятиям могут быть отнесены оперативное задержание, оперативный досмотр, оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, засада, оперативное приостановление предоставления услуг связи, оперативное вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки, территории, в транспортные средства и др.

5. При решении задач борьбы с преступностью могут использоваться методы оперативно-розыскной деятельности, к которым относятся оперативная установка, личный сыск, агентурный метод и др., а также иные оперативно значимые действия.

6. В ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий используются любые средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде.

7. Оперативно-розыскные мероприятия, связанные с оперативным контролем сетей почтовой или электрической связи с подключением к стационарной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности и органов внутренних дел в порядке, определяемом межведомственными нормативными правовыми актами или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

8. Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов, обладающих научными, техническими и иными специальными познаниями, а также отдельных лиц с их согласия на гласной и негласной основе.

9. Запрещается проведение оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, а также использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то настоящим Федеральным законом физическими и юридическими лицами.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 7. Основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий

Основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются:

1. Наличие возбужденного уголовного дела.
2. Ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о:
 - 1) признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела;
 - 2) событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации;
 - 3) лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания;

4) лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов.

3. Поручения следователя, руководителя следственного органа, дознавателя, органа дознания или определения суда по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве.

4. Запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по основаниям, указанным в настоящей статье.

5. Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

6. Запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в пределах своих полномочий вправе также собирать данные, необходимые для принятия решений:

1. О допуске к сведениям, составляющим государственную тайну.

2. О допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды.

3. О допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления.

4. Об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

5. По обеспечению безопасности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

6. О предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, о переоформлении документов, подтверждающих наличие лицензии, о выдаче (о продлении срока действия, об аннулировании) удостоверения частного охранника.

7. Утратил силу. - Федеральный закон от 21.11.2011 N 329-ФЗ.

8. О достоверности сведений о законности происхождения денег, ценностей, иного имущества и доходов от них у близких родственников, родственников и близких лиц лица, совершившего террористический акт, при наличии достаточных оснований полагать, что деньги, ценности и иное имущество получены в результате террористической деятельности, но не ранее установленного факта начала участия лица, совершившего террористический акт, в террористической деятельности и (или) являются доходом от такого имущества.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при наличии запроса, направленного в соответствии с Федеральным законом от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции, в пределах своих полномочий проводят оперативно-розыскные мероприятия в целях добывания информации, необходимой для принятия решений:

1. О достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

1) государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений;

2) государственных должностей субъектов Российской Федерации;

3) должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе;

4) должностей федеральной государственной службы;

5) должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации;

6) должностей муниципальной службы;

7) должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов;

8) отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами.

2. О достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений.

3. О соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей.

4. О достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Основание представляет собой причину, достаточный повод, оправдывающий что-нибудь¹.

Осуществление ОРМ возможно только при наличии оснований, прямо предусмотренных ФЗ об ОРД.

¹ См., например: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 454.

Статья 7 ФЗ об ОРД состоит из трех частей и, таким образом, систематизирует основания для проведения ОРМ по трем группам.

В первой части законодатель формулирует шесть следующих оснований для проведения ОРМ:

- 1) наличие возбужденного уголовного дела;
- 2) ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, сведения о:
 - признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела;
 - событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации;
 - лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания;
 - лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов;
- 3) поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве;
- 4) запросы других органов, осуществляющих ОРД, по основаниям, указанным в данной статье;
- 5) постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации;
- 6) запросы международных правоохранных организаций и правоохранных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Первое из указанных оснований означает, что возбуждение уголовного дела позволяет оперативному подразделению осуществлять ОРМ по данному

криминальному событию с целью решения задач ОРД и уголовного судопроизводства.

Наличие сведений, указанных во втором основании, также позволяет оперативному подразделению осуществлять ОРД. Вместе с тем законодатель не разъясняет, откуда берутся «ставшие известными сведения», что подразумевает их получение при пассивной роли¹ оперативного подразделения, а не активном добывании.

Поручения должностных лиц или органов, указанных в п. 3 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, также обеспечивают возможность осуществления ОРМ. Вместе с тем в этом контексте вряд ли можно считать конструктивными предписания ч. 4 ст. 157 УПК РФ «Производство неотложных следственных действий», согласно которым, с одной стороны, после направления уголовного дела руководителю следственного органа орган дознания может производить по нему следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия только по поручению следователя, а с другой – в случае направления руководителю следственного органа уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, орган дознания обязан принимать розыскные и оперативно-розыскные меры для установления лица, совершившего преступление, уведомляя следователя об их результатах.

С одной стороны, законодатель обязывает органы, осуществляющие ОРД и изъявляющие желание решать поставленные перед ними задачи, постоянно истребовать у следователя² письменные поручения о проведении тех или иных мероприятий. С другой стороны, очевидно: обнаружение подозреваемого в преступлении лица не гарантирует, что именно он совершил данное противоправное деяние или что у него нет сообщников, что все эпизоды его (их) преступной деятельности выявлены.

¹ Например, сообщения граждан, должностных лиц, средств массовой информации и т.п.

² В связи с недостаточными познаниями следователя о возможностях оперативных подразделений и конкретных оперативных материалах маловероятно, что он сам проявит уместную инициативу.

Что же касается судебного органа (как беспристрастного арбитра), то вообще весьма сомнительна возможность его обращения к оперативному подразделению с поручением о проведении ОРМ по уголовному делу, находящемуся в его производстве.¹ Если суд оценит качество проведенного расследования как недостаточно высокое, значительна вероятность возвращения такого дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом.

Согласно ч. 1 ст. 237 УПК РФ «Возвращение уголовного дела прокурору» судья по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях, если:

1) обвинительное заключение или обвинительный акт составлены с нарушением требований УПК РФ, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта;

2) копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому, за исключением случаев, если суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном ч. 4 ст. 222 или ч. 3 ст. 226 УПК РФ;

3) есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера;

4) имеются предусмотренные ст. 153 УПК РФ основания для соединения уголовных дел;

5) при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные ч. 5 ст. 217 УПК РФ.

Из сути данного предписания следует, что:

¹ Исключение может составлять вынесение судом акта, обязывающего орган, осуществляющий ОРД, обеспечить безопасность конкретных участников судопроизводства. Однако такое постановление является самостоятельным основанием для проведения ОРМ.

– суд может возвратить уголовное дело исключительно прокурору и только в случаях, перечисленных в ч. 1 ст. 237 УПК РФ;

– суд не может своим определением обязать орган, осуществляющий ОРД, провести какие-либо ОРМ, устраняющие выявленные судом недостатки в расследовании уголовного дела, поскольку, во-первых, это выходит за рамки рассматриваемого предписания ст. 237 УПК РФ¹, во-вторых, какие бы ОРМ не осуществляли уполномоченные органы, их результаты могут стать доказательствами только после проверки и подтверждения уголовно-процессуальными средствами.

Запросы других органов, осуществляющих ОРД, по основаниям, указанным в рассматриваемой статье ФЗ об ОРД, также выступают поводами для проведения ОРМ. Особенно это востребовано, когда оперативному подразделению необходимо провести ОРМ на значительном удалении от места собственной дислокации (например, на территории иного субъекта Российской Федерации).

Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц является основанием для проведения ОРМ, направленных, в первую очередь, на обеспечение защиты их и их близких от возможного негативного воздействия представителей преступной среды. В зависимости от должностной или иной принадлежности указанных лиц их защита обеспечивается в соответствии с федеральными законами «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

Запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными

¹ Хотя в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ суд вправе вынести частное определение или постановление и в других случаях, если признает это необходимым, такое развитие событий по отношению к ОРД представляется маловероятным.

договорами Российской Федерации¹ также выступают основанием для проведения ОРМ. Следует отметить, что Российская Федерация является членом Интерпола, поэтому исполнение запросов по этой линии зачастую требует применения ОРМ. Аналогичная ситуация возникает и при исполнении запросов правоохранительных органов стран, не состоящих в Интерполе, но заключивших соответствующие договоры с Российской Федерацией.

Таким образом, все охватываемые ч. 1 ст. 7 основания² для осуществления ОРМ могут использоваться оперативными подразделениями в решении задач ОРД.

Вместе с тем, по нашему мнению, недостаточно выверенным предписанием является п. 2.1 ч. 1 рассматриваемой статьи, называющий одним из оснований для проведения ОРМ наличие информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Представляется, законодатель в данной формулировке учел не все этапы развития криминальных событий (например, не подготавливаемое, а уже подготовленное преступление) и не все категории причастных к ним лиц (например, не подготавливающих, а подготовивших преступление).

Безусловно, отдельные из зафиксированных в п. 2 ч. 1 сведений могут стать известными органам, осуществляющим ОРД, по инициативе граждан или должностных лиц, в результате стечения обстоятельств и т.п. Однако буквальная трактовка анализируемой формулировки приводит к выводу о неправомерности осуществления ОРМ для добывания первичной информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния,

¹ Еще раз возникает вопрос о том, почему международные нормативные правовые акты законодателем не включены в правовую основу ОРД.

² Вместе с тем, если проводить аналогию с предписаниями ст. 140 УПК РФ «Поводы и основание для возбуждения уголовного дела», документы, перечисленные в п. 1, 3-6 ч. 1 ст. 7, являются поводами для проведения ОРМ, а сведения, сосредоточенные в п. 2, соответственно, – основанием.

а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших; событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу безопасности Российской Федерации; лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания; лицах, без вести пропавших, и об обнаруженных неопознанных трупах.

Такой подход законодателя ориентирует оперативные подразделения на пассивное отношение к поиску оперативно значимой информации, что противоречит характерному для ОРД (но не зафиксированному законодателем) принципу наступательности. В соответствии с этим принципом оперативно-розыскные меры должны, как правило, носить упреждающий, превентивный характер и быть направлены на предупреждение и пресечение преступлений. Фигурально выражаясь, исследуемая норма закона позволяет орлу иметь зоркие глаза и крылья для полета, но не разрешает ими пользоваться для поиска добычи.

Представляет интерес и содержание п. 5 ч. 1 рассматриваемой статьи, определяющего основанием для проведения ОРМ постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации. Следует отметить, что такой порядок предусмотрен Федеральным законом от 20.04.1995 «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» для весьма ограниченного числа должностных лиц и не решает проблемы защиты свидетеля.

С целью устранения последнего из отмеченных недостатков 20.03.2004 принят Федеральный закон № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства». Указанный Федеральный закон в значительной мере решает проблему такой защиты и создает определенные условия, минимизирующие возможность отказа потерпевших и свидетелей от дачи показаний или изменения таких показаний в пользу обвиняемых. Положения его ст. 2, определяющие перечень защищаемых лиц,

упоминают в их числе иных лиц, способствующих предупреждению или раскрытию преступления, но лишь до возбуждения уголовного дела. Таким образом, после возбуждения уголовного дела лица, оказывавшие (и оказывающие) существенную (но негласную) помощь правоохранительной системе в борьбе с преступностью, остаются абсолютно незащищенными перед возможным давлением со стороны криминалитета. Выходом из сложившейся ситуации представляется исключение из описанной выше фразы словосочетания «до возбуждения уголовного дела».

Анализируя рассматриваемую статью, следует обратить внимание на семантический диссонанс между формулировками ее 1 и 2 частей. Если в ч. 1 (как и в наименовании статьи) ключевым термином является «основание», то в ч. 2 в качестве такового выступает «право». Из этого следует, что законодатель в ч. 1 перечисляет причины (поводы) осуществления ОРМ, а в ч. 2 – возможность оперативных подразделений осуществлять ОРМ для принятия на их основе тех или иных решений. Зафиксированный круг принимаемых решений дает оперативным подразделениям возможность осуществлять ОРМ, непосредственно не направленные на реализацию задач ОРД, что позволяет отнести его к числу пробелов исследуемого закона. Выходом из создавшегося положения, по нашему мнению, может быть изменение формулировки ч. 2 рассматриваемой статьи следующим образом: «Основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в пределах их полномочий, может также служить потребность в осуществлении проверочных действий, необходимых для принятия решений... (далее по тексту)» с одновременным внесением в ст. 2 задачи по сбору данных, необходимых для принятия указанных в ч. 2 ст. 7 решений.

Таким образом, положения ч. 1 рассматриваемой статьи, фиксирующие основания для проведения ОРМ, безусловно, используются правоприменителем, как поводы для ведения оперативной работы. В первом случае таким поводом является факт возбуждения уголовного дела, во втором – наличие опера-

тивно значимой информации, в остальных – выполнение поручений, запросов и постановлений различных правоохранительных организаций и должностных лиц. Однако их буквальное толкование (да и закона в целом) свидетельствует об отсутствии в нем норм, позволяющих сотрудникам оперативных подразделений, работая наступательно, инициативно, добывать информацию, тем самым опережая действия преступников и создавая возможность для осуществления в отношении них мер превентивного характера. Устранение отмеченного недостатка возможно по двум направлениям. Первое предусматривает включение в ст. 2 действующего закона задачи по оперативному обслуживанию объектов и территорий, относящихся к категории криминогенных, второй – дополнение положений ч. 1 ст. 7 закона аналогичной позицией как основанием для проведения ОРМ.

Согласно ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий вправе¹ также собирать данные, необходимые для принятия решений:

- 1) о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну;
- 2) о допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды;
- 3) о допуске к участию в ОРД или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления;
- 4) об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении ОРМ;
- 5) по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД;
- 6) о предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, переоформлении документов,

¹ В указанной формулировке присутствует несообразность: почему-то в статье, посвященной основаниям для проведения ОРМ, законодатель использует термин «вправе».

подтверждающих наличие лицензии, выдаче (продлении срока действия, аннулировании) удостоверения частного охранника.

И хотя сбор таких данных не является непосредственным проявлением борьбы с преступностью, очевидно, что:

первая из перечисленных позиций направлена на предотвращение утечки сведений, составляющих государственную тайну;

вторая – на предотвращение проникновения на особо важные стратегические объекты террористов и иных криминально ориентированных лиц;

третья – на защиту сведений в оперативно-розыскной сфере, а значит, охрану от преступников данных о замыслах, планах, действиях, результатах ОРД, участвующих в борьбе с преступностью лицах;

четвертая – непосредственно на борьбу с преступностью путем использования лиц, негласно содействующих оперативным подразделениям;

пятая – на обеспечение безопасности органов, осуществляющих борьбу с преступностью;

шестая – на контроль охранных организаций, обладающих огнестрельным оружием, лицензиями на его хранение и ношение и, как показывает опыт, в отдельных случаях под прикрытием легальной организации осуществляющих криминальную или близкую к криминальной деятельность.

После принятия антикоррупционного законодательства¹ в ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД появилась седьмая позиция, которая была сформулирована следующим образом: «О достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений при наличии запроса, направленного в порядке, определяемом Президентом Российской Федерации», которая позже была исключена из второй² и преобразована в отдельную – третью – часть статьи.

¹ Федеральный закон от 25.12.2008 № 280-ФЗ.

² Введена в действие Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ.

В ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД систематизированы группы сведений, которые органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий добывают в ходе ОРМ, исполняя запрос, направленный в соответствии с Федеральным законом от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции. Эта информация необходима для принятия решений:

1) о достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

- государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений;

- государственных должностей субъектов Российской Федерации;

- должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе;

- должностей федеральной государственной службы;

- должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации;

- должностей муниципальной службы;

- должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов;

- отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами;

2) о достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в п. 1, если федеральными конституционными

законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений;

3) о соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в п. 1, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей;

4) о достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

Такой нормативный ход следует оценить позитивно, поскольку законодатель в новой редакции статьи конкретизировал вопросы, до настоящего времени не очень понятные правоприменителю (о категориях сведений и перечне лиц, в отношении которых такие данные могут собираться).

Вместе с тем появилась новая проблема, касающаяся условий проведения ОРМ при добывании информации в соответствии с ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД. Дело в том, что в ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД, определяющей условия проведения ОРМ по основаниям, предусмотренным в ч. 2 ст. 7 ФЗ, указано: «При проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным пунктами 1–4, 6 и 7 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление действий, указанных в пунктах 8–11 части первой статьи 6 настоящего Федерального закона», то есть по основаниям, перечисленным в ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД (кроме п. 5), нельзя использовать ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан (так называемые мероприятия судебного санкционирования). Однако поскольку п. 7 ч. 2 из ФЗ об ОРД исключен, вместо не-

го статья дополнена ч. 3, а изменения в ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД не внесены, возникает вопрос о возможности применения по основаниям ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД мероприятий судебного санкционирования. Более того, отсутствие об этом указания в ст. 8 приводит к мысли о возможности проведения проверочных мероприятий в отношении лица, указанного в ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД (например, о достоверности и полноте представленных им данных), с использованием ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан (например, прослушивания телефонных переговоров). На взгляд автора, налицо несоответствие между уровнем основания для проведения ОРМ и серьезностью ограничения при этом конституционных прав граждан. Кроме того, возникает противоречие между рассматриваемым дозволением и содержащимся в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД условием проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, – наличием информации:

- о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно;

- о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно;

- о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Поскольку при проведении проверочных мероприятий по основанию, содержащемуся в ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД, представленное выше условие не возникает, следует сделать вывод, что наличие в этом случае ОРМ судебного санкционирования законодатель не предполагает.

Для разрешения отмеченных проблем следует предложить иную редакцию данной статьи.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 11. Основания и поводы для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий

1. Основаниями для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий являются:

1.1. Наличие информации, предопределяющей необходимость оперативного обслуживания криминогенных объектов и территорий.

1.2. Ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о:

1.2.1. Признаках замышляемого, подготавливаемого, подготовленного, совершаемого или совершенного преступления, а также причастных к нему лиц, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

1.2.2. Событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

1.2.3. Лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания.

1.2.4. Лицах, без вести пропавших.

1.2.5. Об обнаружении неопознанных трупов.

2. Поводами для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий выступают:

2.1. Наличие возбужденного уголовного дела.

2.2. Поручения дознавателя, руководителя органа дознания, следователя, руководителя следственного органа или решения суда по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве.

2.3. Запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в соответствии с основаниями и поводами, указанными в настоящей статье.

2.4. Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

2.5. Запросы международных правоохранительных организаций, правоохранительных органов иностранных государств и специальных служб в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

3. Поводом для проведения органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в пределах их полномочий может также служить запрос на осуществление проверочных действий, необходимых для принятия решений:

3.1. О допуске к сведениям, составляющим государственную тайну.

3.2. О допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, окружающей среды.

3.3. О допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления.

3.4. О привлечении лица к решению задач оперативно-розыскной деятельности.

3.5. Об обеспечении безопасности органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, его должностных лиц и их близких.

3.6. О предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, о переоформлении документов, подтверждающих наличие лицензии, о выдаче (о продлении срока действия, об аннулировании) удостоверения частного охранника.

3.7. О достоверности сведений о законности происхождения денег, ценностей, иного имущества и доходов от них у близких родственников, родствен-

ников и близких лица, совершившего террористический акт или преступление коррупционного характера, при наличии достаточных оснований полагать, что деньги, ценности и иное имущество получены в результате террористической или коррупционной деятельности, но не ранее установленного факта начала участия лица, совершившего террористический акт или преступление коррупционного характера, в террористической или коррупционной деятельности и (или) являются доходом от такого имущества.

4. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при наличии запроса, направленного в соответствии с Федеральным законом от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции, в пределах своих полномочий проводят оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия с целью добывания информации, необходимой для принятия решений:

4.1. О достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

4.1.1. Государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений.

4.1.2. Государственных должностей субъектов Российской Федерации.

4.1.3. Должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе.

4.1.4. Должностей федеральной государственной службы.

4.1.5. Должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации.

4.1.6. Должностей муниципальной службы.

4.1.7. Должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федера-

ции, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов.

4.1.8. Отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами.

4.2. О достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений.

4.3. О соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей.

4.4. О достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 8. Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий

Гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении их оперативно-розыскных мероприятий на территории Российской Федерации, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Проведение оперативно-розыскных мероприятий (включая получение компьютерной информации), которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения и при наличии информации:

1. О признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно.
2. О лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно.
3. О событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность,

допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью второй настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение.

Прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Фонограммы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров, хранятся в печатанном виде в условиях, исключающих возможность их прослушивания и тиражирования посторонними лицами.

В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, телефонные и иные переговоры которого прослушиваются в соответствии с настоящим Федеральным законом, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Дальнейший порядок их использования определяется уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации.

В случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме разрешается прослушивание переговоров, ведущихся с их телефонов, на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением соответствующего суда (судьи) в течение 48 часов.

Проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а

равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

При проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным пунктами 1 - 4, 6 и 7 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление действий, указанных в пунктах 8 - 11 части первой статьи 6 настоящего Федерального закона.

Оперативно-розыскные мероприятия, обеспечивающие безопасность органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, проводятся в соответствии с настоящим Федеральным законом и исключительно в пределах полномочий указанных органов, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации. По основаниям, предусмотренным пунктом 5 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, разрешается осуществлять действия, указанные в пунктах 8 - 11, 15 части первой статьи 6, без судебного решения при наличии согласия гражданина в письменной форме.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Условие – обстоятельство, от которого что-либо зависит¹. Применительно к ст. 8 ФЗ об ОРД это означает, что в ней сконцентрированы предписания, определяющие обстоятельства, при наличии которых осуществляются те или иные ОРМ.

Конституция Российской Федерации (ст. 19) провозглашает равенство всех перед законом и судом. В ней государство также «гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национально-

¹ См., например: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 827.

сти, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств». В развитие конституционной нормы законодатель в ч. 1 ст. 8 ФЗ об ОРД определяет, что «гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении их оперативно-розыскных мероприятий на территории Российской Федерации, если иное не предусмотрено федеральным законом». Таким образом, и в ФЗ об ОРД предпринята попытка нормативного обеспечения равенства всех перед законом. Вместе с тем в конституционной норме никакие признаки лица не дают ему каких-либо преимуществ, а буквальное толкование отмеченного положения ФЗ об ОРД позволяет судить, что, если в федеральном законе предусмотрено исключение из общего правила, любая из черт человека (гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения) может сделать возможным особый порядок проведения в отношении него ОРМ. Исследования соответствующих законодательных актов и практики их применения показывают, что основой такого решения в Российской Федерации выступает должностное положение (род профессиональной деятельности) отдельных лиц.

Так, в предшествующей редакции ч. 1 ст. 42 «Порядок привлечения прокуроров к уголовной и административной ответственности» Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»¹ отмечается: «Проверка сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором, является исключительной компетенцией органов прокуратуры».

¹ О прокуратуре Российской Федерации : Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 (далее – ФЗ о прокуратуре).

Из этого положения следует, что и проведение оперативно-розыскной проверки информации в отношении указанных лиц невозможно по двум основаниям: во-первых, словосочетание «проверка» (без уточнения ее характера) закреплено в законодательном акте; во-вторых, сами сотрудники прокуратуры не обладают оперативно-розыскными полномочиями. Таким образом, представители прокуратуры до некоторого времени в соответствии со своим должностным положением имели привилегии по отношению к иным гражданам, значит, как потенциальные объекты оперативно-розыскного интереса им не равны.

Данное положение истолковывалось прокурорами как запрещающее проведение ОРМ в отношении сотрудников прокуратуры без получения согласия вышестоящего прокурора.

Такое понимание закона стало поводом для жалобы в Конституционный Суд РФ заместителя руководителя одного из региональных управлений ФСБ, в отношении которого прокурор области инициировал проверку законности его действий по разрешению заведения дела оперативного учета и проведению ОРМ в отношении сотрудника прокуратуры, впоследствии привлеченного по их результатам к уголовной ответственности. В итоге этой проверки констатировалось наличие в действиях сотрудника ФСБ признаков превышения должностных полномочий, т.е. преступления, предусмотренного ст. 286 УК РФ, поскольку, по мнению следователя, им были формально нарушены требования ч. 1 ст. 42 ФЗ о прокуратуре. При этом суд, куда заявитель обжаловал решение следователя ввиду несогласия с его выводами о своей виновности, в удовлетворении его жалобы отказал.

В определении Конституционного Суда РФ от 27.05.2010 № 752-О-О¹ по результатам рассмотрения этой жалобы отмечалось, что органы прокуратуры ФЗ об ОРД не наделены полномочиями на осуществление ОРД, имеющей целью выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а про-

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чопы Василия Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 42 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации».

веряют сообщения о любом совершенном или готовящемся преступлении в соответствии с УПК РФ и в пределах установленной им компетенции. На основании этого был сделан вывод, что оспариваемая заявителем норма не может рассматриваться как нарушающая его право на реализацию своих служебных полномочий по проведению ОРМ, направленных на проверку сведений о причастности прокурорских работников к подготовке и совершению преступлений. Из анализа представленных заявителем материалов и мотивировочной части решения Конституционного Суда РФ следует, что положения ст. 42 Федерального закона

«О прокуратуре Российской Федерации» не могут быть истолкованы как содержащие ограничения на проведение ОРМ в отношении сотрудников прокуратуры при наличии сведений об их причастности к подготовке и совершению преступлений.

Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» в ст. 16 «Неприкосновенность судьи» фиксирует несколько положений, имеющих непосредственное отношение к исследуемой проблеме, наиболее значимые из них:

во-первых, ч. 7, согласно которой «осуществление в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, а также следственных действий (если в отношении судьи не возбуждено уголовное дело либо он не привлечен в качестве обвиняемого по уголовному делу), связанных с ограничением его гражданских прав либо с нарушением его неприкосновенности, определенной Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами, допускается не иначе как на основании решения...» коллегии судей. С учетом того, что все ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан, имеют преимущественно негласный характер, представляется весьма проблематичным обеспечить его, доверяя, в отличие от общего порядка, не одному, а трем судьям;

во-вторых, ч. 10, в соответствии с которой «заключения и решения, предусмотренные пунктами 3, 4, 6 и 7 настоящей статьи, могут быть обжалованы в

порядке, установленном федеральным законом». Таким образом, даже при принятии положительного для органа, осуществляющего ОРД, решения о проведении ОРМ, сохранить их негласный характер, да и сам факт осуществления, весьма сложно. Следовательно, результаты таких мероприятий не будут должным образом эффективны. Очевидно, что и в этом случае невозможно обеспечить равенство указанных должностных лиц и не принадлежащих к их числу граждан.

Вместе с тем в соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 09.06.2011 № 12-П¹ «взаимосвязанные положения пункта 7 статьи 16 данного документа и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», как допускающие рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи районного суда оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа не по месту проведения оперативно-розыскных мероприятий и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении, признаны не противоречащими Конституции РФ, поскольку – по конституционно-правовому смыслу этих положений в системе действующего правового регулирования – предполагается, что при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекретивания планируемых оперативно-розыскных мероприятий соответствующие материалы подлежат направлению для рассмотрения в равнозначный суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего

¹ По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова.

оперативно-розыскную деятельность». С одной стороны, это означает, что в отношении судей обеспечена возможность конспиративного получения судебного разрешения на ограничение их конституционных прав при осуществлении ОРД. С другой стороны, процедура получения такого разрешения столь не оперативна, что может создать серьезные осложнения для реализации оперативными подразделениями поставленных перед ними задач.

Нельзя также не обратить внимания на то, что в ст. 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» предусмотрена обязательность получения судебного разрешения на проведение ОРМ при двух условиях: во-первых, если они ограничивают гражданские права либо нарушают неприкосновенность судей, а во-вторых, если в отношении судьи не возбуждено уголовное дело либо он не привлечен в качестве обвиняемого по уголовному делу. При этом законодатель прямо предусматривает, что после возбуждения уголовного дела в отношении судьи либо привлечения его в качестве обвиняемого по уголовному делу ОРМ проводятся в обычном порядке. Неприкосновенность судьи, как определено в ч. 1 этой же статьи, включает в себя неприкосновенность личности, неприкосновенность занимаемых им жилых и служебных помещений, используемых им транспортных средств, принадлежащих ему документов, багажа и иного имущества, тайну переписки и иной корреспонденции (телефонных переговоров, почтовых, телеграфных, других электрических и иных принимаемых и отправляемых судьей сообщений). Из вышеизложенного можно сделать вывод, что ОРМ, не ограничивающие неприкосновенности судей, до возбуждения уголовного дела либо до привлечения судьи в качестве обвиняемого, могут проводиться без предварительного получения разрешения коллегии из трех судей.

Максимальную защиту от оперативно-розыскного процесса в соответствии с Федеральным законом от 31.05.2002 №63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации» получили представители адвокатского корпуса, которые, видимо, сумели как-то убедить законодателя изложить од-

но из предписаний ч. 3 ст. 8 «Адвокатская тайна» в следующей редакции: «Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения».

Конечно, можно было бы спорить (чем и занимаются многие теоретики) о том, что эта норма не имеет никакого отношения к адвокатской тайне. Но если даже законодатель, следуя справедливой критике, перенесет это положение в другую статью закона, суть ее от этого не изменится. Поэтому периодически возникают ситуации¹, когда органы, осуществляющие ОРД, обращаются в суды с ходатайствами разрешить проведение не санкционируемых в обычном порядке ОРМ. Представители же судебной системы отказывают им в этом, ссылаясь на положение ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому судебное разрешение выдается при проведении ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища (обследование жилища, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, получение компьютерной информации). Существующая проблема, с одной стороны, негативно влияет на решение задач ОРД, с другой – подтверждает, что в оперативно-розыскном смысле принцип обеспечения равенства всех перед законом зачастую действует избирательно.

Против такого расширительного толкования неприкосновенности адвокатов выступил Конституционный Суд РФ в определениях от 22.03.2012

¹ В случае неисполнения данного предписания органами, осуществляющими ОРД, суды признают собранные при проведении ОРМ фактические данные добытыми с нарушениями закона.

№ 629-О-О¹ и от 17.07.2012 № 1472-О² по жалобам адвокатов, привлеченных к уголовной ответственности за дачу взятки следователям за прекращение уголовного преследования их доверителей. Один заявитель был задержан при передаче денег в служебном кабинете следователя, а второй – в общественном месте. В обоих случаях оперативный эксперимент и следующий за ним осмотр места происшествия проводились без предварительного получения судебного решения, что послужило поводом к оспариванию законности этих действий со ссылкой на ч. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре». Небезынтересно, что в одном случае суд первой инстанции согласился с аргументами подсудимого о незаконности его задержания с поличным без предварительного получения судебного решения и вынес оправдательный приговор, впоследствии отмененный вышестоящей инстанцией.

Обоими заявителями были оспорены положения ФЗ об ОРД, которые не предусматривают обязательного получения судебного разрешения на проведение ОРМ в отношении адвокатов, как это предусмотрено рассматриваемым законом. Однако Конституционный Суд РФ не усмотрел нарушений прав заявителей в их делах и отказал в принятии их жалоб к рассмотрению, сформулировав правовые позиции, толкующие упомянутую норму закона об адвокатуре в более узком смысле.

В указанных выше решениях указывалось на то, что Конституция РФ, гарантируя равенство всех перед законом и судом, не предусматривает каких-либо исключений из этого принципа для лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, и не определяет особого статуса адвокатов, обуславливающего

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Абдулхамидова Ахмедшапи Гамзатовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», а также статей 7, 29 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лукаша Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав статьями 86, 166, частью второй статьи 176, статьями 180 и 186 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, пунктом 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

обязательность законодательного закрепления дополнительных гарантий их неприкосновенности. Требование же рассматриваемого закона о проведении ОРМ в отношении адвоката на основании судебного решения направлено на обеспечение реализации конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи и на обеспечение института адвокатской тайны, который призван защищать информацию, полученную адвокатом относительно клиента в связи с предоставлением юридических услуг. При этом сведения о преступном деянии самого адвоката не составляют адвокатской тайны, если они не стали предметом оказания юридической помощи ему самому в связи с совершенным им преступлением. Отсюда был сделан вывод, что положения п. 3 ст. 8 указанного закона предполагают получение судебного решения при проведении в отношении адвоката лишь тех ОРМ, которые вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности и могут затрагивать адвокатскую тайну. При этом к сфере адвокатской деятельности в любом случае не может быть отнесено совершение адвокатом преступного деяния, как несовместимого со статусом адвоката.

Приведенные правовые позиции вносят определенную ясность в порядок проведения оперативного эксперимента в отношении адвокатов в ситуациях, схожих с делами заявителей, и в силу своей общеобязательности подлежат исполнению всеми правоприменителями. Однако они не снимают более общей проблемы недостаточной законодательной регламентации условий проведения ОРМ в отношении должностных лиц, обладающих особым правовым статусом.

Создают правоприменительные проблемы и недостаточно точные формулировки закона, зафиксированные в п. 1–3 ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. Так, характеризуя информацию, дающую основания для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, законодатель в п. 1 к ней относит сведения «о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно», не упоминая такой этап криминального деяния, как подготовленное пре-

ступление; в п. 2, фиксируя данные «о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно», не указывает в этом перечне лиц, подготовивших такое преступление; в п. 3, упоминая сведения «о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации», не причисляет к ним события или действия, создавшие такую угрозу.

Недостаточно выверенным представляется положение ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому «в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью второй настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение». Несмотря на продуманное и логичное построение нормы, она, тем не менее, не совсем коррелирует с положениями Конституции России, нормами ст. 23 и 25 которой охватываются права и свободы граждан, могущие быть ограниченными при проведении ОРМ судебного санкционирования..

Непродуманным можно считать положение ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД о том, что прослушивание телефонных и иных¹ переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении... преступлений...

¹Часть 4 комментируемой статьи использует также понятие иных переговоров, под которыми следует понимать обмен информацией с использованием лю-

С одной стороны, п. 10 ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД содержит ОРМ «прослушивание телефонных переговоров», никоим образом не упоминая об иных переговорах. Более того, в законе иные переговоры фиксируются лишь еще один раз – в ч. 7 ст. 5 ФЗ об ОРД.

С другой стороны (и это представляется значительно более важным), законодатель в качестве объектов такого прослушивания нормативно закрепляет лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений. Вместе с тем следует понимать, что при формулировании предписаний законодатель не может использовать нетерминологические слова и выражения, а это значит, что «подозреваемые» и «обвиняемые» есть не что иное, как процессуальный статус указанных лиц.

В соответствии с ч. 1 ст. 46 УПК РФ подозреваемым является лицо:

- 1) в отношении которого возбуждено уголовное дело по основаниям и в порядке, которые установлены главой 20 УПК РФ;
- 2) которое задержано в соответствии со ст. 91 и 92 УПК РФ;
- 3) к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 100 УПК РФ;
- 4) которое уведомлено о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ.

Согласно ч. 1 ст. 47 УПК РФ обвиняемым признается лицо, в отношении которого:

- 1) вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого;
- 2) вынесен обвинительный акт.

бых средств коммуникации или так называемых технических (электрических) каналов связи: телексных, факсимильных, селекторных, радиорелейных, телеграфных и т.п. Таким образом, действие данной нормы распространяется на два оперативно-розыскных мероприятия: прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи. Переговоры же без использования каких-либо средств коммуникации, осуществляемые путем устных бесед, по мнению специалистов, под действие данной нормы не подпадают. См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского. «Проспект», 2011 // КонсультантПлюс.

Нетрудно заметить, что во всех случаях подозреваемым или обвиняемым в уголовно-процессуальном смысле является лицо, которому известны подозрения или обвинения правоохранительного ведомства в отношении его личности.

Логичен вывод о том, что формальное следование положению ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД позволяет прослушивать телефонные переговоры лишь тех лиц, которые, обладая указанным процессуальным статусом, с легкостью могут догадываться о действиях правоохранительных органов по прослушиванию и фиксации их телефонных переговоров.¹ Очевидно, что в подавляющем большинстве случаев проведение такого мероприятия теряет смысл. Поэтому автор рекомендует следовать расширительному толкованию данной нормы, оценивая указанные категории как лиц, причастных, по сведениям органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, к подготовке или совершению преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений.

Также в качестве недостатка следует рассматривать предписание ч. 6 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме разрешается прослушивание переговоров, ведущихся с их телефонов, на основании постановления уполномоченного руководителя субъекта ОРД без судебного решения с уведомлением соответствующего суда (судьи) в течение 48 часов. Возникает ряд вопросов:

можно ли прослушивать телефонные переговоры, ведущиеся по данному телефону, но инициированные неизвестным лицом или только те, инициатором

¹ Под лицами, подозреваемыми и обвиняемыми в совершении преступлений, следует понимать не только участников уголовного процесса, указанных в ст. 46 и 47 УПК РФ, но и всех лиц, в отношении которых могут проводиться оперативно-розыскные мероприятия на основании ст. 7 Закона об ОРД. К лицам, располагающим сведениями о совершении преступлений, могут быть отнесены родственники, близкие связи проверяемых лиц, в отношении которых имеется достоверная информация об их осведомленности. См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского). «Прспект», 2011 // КонсультантПлюс.

которых является заявитель (ведь в норме содержится фраза «ведущиеся с их телефонов»);

как осуществляется такое уведомление (в письменной или устной форме), присваивать или не присваивать ему гриф секретности;

с какого срока исчисляются указанные в норме 48 часов (с момента вынесения постановления о проведении мероприятия, с начала его проведения или иначе);

кто этот «соответствующий судья»;

что должен сделать судья по получении уведомления, где оно регистрируется и содержится;

в чем смысл такого уведомления?

Поэтому автор полагает, что в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц закон допускает по их письменному заявлению или с их письменно оформленного согласия прослушивание переговоров, ведущихся по их телефонам (далее – по тексту закона).

Не до конца выверенным следует считать положение ч. 7 ст. 8 ФЗ об ОРД, определяющее обязательным условием проведения таких мероприятий, как проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение, наличие постановления, утвержденного руководителем, уполномоченным на осуществление ОРД.

В качестве аргумента, свидетельствующего против безальтернативности заложенной в законе идеи, необходимо отметить, что законодатель не оставляет оперативным подразделениям возможности проведения при определенных обстоятельствах указанных мероприятий (как это сделано в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД в отношении мероприятий судебного санкционирования – в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих

угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации).

Таким образом, возникает ситуация, когда при определенных законом условиях мероприятия, ограничивающие права и свободы граждан, могут быть проведены с последующим получением судебного разрешения, а при осуществлении мероприятий более низкого уровня (ведомственного санкционирования) оперативным подразделениям такая исключительная возможность не предоставляется.

Отсутствие необходимого положения в законе оказывает существенное негативное влияние на практику, поскольку не позволяет сотрудникам ни при каких обстоятельствах оперативно решать поставленные перед ними задачи при внезапном возникновении соответствующих оперативно-розыскных ситуаций.

Выходом из положения представляется внесение в ст. 8 ФЗ об ОРД нормы, аналогичной предписанию, зафиксированному в ч. 3 статьи, но ориентированной на мероприятия ведомственного санкционирования.

Относительно ч. 8 ст. 8 ФЗ об ОРД следует отметить, что положение, согласно которому проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, не видится абсолютно понятным правоприменителю, который должен ясно представлять, почему одно из четырех ОРМ ведомственного санкционирования дополнительно фиксируется в отдельной норме, а его осуществление зависит от тяжести преступления.

Остается лишь догадываться (и об этом размышляют некоторые исследователи), что такая регламентация связана с возможностью осуществления со стороны субъекта ОРД непрофессиональных действий, которые могут повлечь (спровоцировать) совершение преступления. Вместе с тем это мало что объясняет, поскольку непрофессиональные действия сотрудников оперативных под-

разделений с такой же легкостью способны спровоцировать совершение преступления при осуществлении, например, проверочной закупки, однако законодатель не распространил особый порядок проведения на данное мероприятие.

Также интересно, что в ч. 10 ст. 8 ФЗ об ОРД законодатель позволяет для обеспечения безопасности органов, осуществляющих ОРД, проведение любых мероприятий (в том числе и оперативного эксперимента) безотносительно к тяжести подготавливаемого или совершаемого преступления. Однако эти предписания также не бесспорны – и вот почему.

С одной стороны, представляется абсолютно оправданным при сборе данных, необходимых для принятия решения по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД, разрешение законодателя проводить мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, без судебного санкционирования.

С другой – вызывает сомнение окончание фразы: реализация отмеченных мероприятий возможна «при наличии согласия гражданина в письменной форме». Для объяснения проблемы следует привести две ситуации, относящиеся к данному установлению.

Первая заключается в том, что обеспечение безопасности органа, осуществляющего ОРД, связано с физической защитой должностного лица данного органа или лиц, оказывающих ему конфиденциальное содействие, от потенциальных или реальных угроз. В этом случае абсолютно понятно, что именно данные лица должны дать согласие в письменной форме на осуществление мероприятий, ограничивающих их конституционные права и свободы. А это значит, что в рассматриваемой ситуации норма будет работать.

Вторая ситуация проявляется в том, что обеспечение безопасности органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, связано с защитой его информационных ресурсов (например, составляющих государственную тайну сведений об ОРД). При наличии данных, позволяющих судить, что преступная группа (организация, сообщество) с использованием физических воз-

возможностей (внедрением представителей или склонением к «сотрудничеству» сотрудников правоохранительных органов) или технических средств (компьютерные программы доступа) пытается проникнуть в защищаемые информационные базы субъектов ОРД, возникает закономерный вопрос: от какого гражданина следует получить письменное согласие на ограничение его конституционных прав и свобод? Может быть, от того, который осуществляет попытку завладеть сведениями, составляющими государственную тайну? Ответ, как говорится, лежит на поверхности. В этом случае письменное согласие никакого гражданина не требуется.

Таким образом:

1) катализатором принятия в Российской Федерации законного решения о проведении ОРМ в особом порядке выступает должностное положение (род профессиональной деятельности) отдельных лиц;

2) при использовании предписания ч. 10 ст. 8 ФЗ об ОРД для обеспечения информационной безопасности субъекта ОРД письменного согласия никакого гражданина не требуется.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 12. Условия проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий

1. Гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении них оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий.

2. Федеральным законом могут быть установлены особые условия для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в отношении отдельных лиц, обладающих особым должностным или профессиональным статусом.

3. Подготовка и проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права личности на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также право на неприкосновенность жилища, допускаются на основании разрешения суда и при наличии информации:

3.1. О признаках подготавливаемого, подготовленного, совершаемого или совершенного противоправного деяния, относящегося к преступлениям средней тяжести, тяжким или особо тяжким преступлениям, а также причастных к этому лицам.

3.2. О событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

4. При проведении оперативного контроля сетей почтовой и электрической связи разрешение суда необходимо только на перехват содержания сообщения, отправленного пользователем. На получение информации, непосредственно связанной с передаваемыми по сетям связи сообщениями, но исключающей содержание самих сообщений, судебное разрешение не требуется.

5. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью третьей

настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное разрешение на его проведение либо его прекратить.

6. В отношении лиц, которые могут располагать сведениями о преступлениях средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлениях, допускается оперативный контроль сетей почтовой и электрической связи. Документы и иные материальные носители информации, полученные в ходе указанных мероприятий, хранятся в печатанном виде в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними и тиражирования посторонними лицами.

7. В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, являвшегося объектом указанных в части третьей настоящей статьи оперативно-розыскных мероприятий, полученные в результате их осуществления документы и иные материальные носители информации после рассекречивания передаются дознавателю, руководителю органа дознания, следователю или руководителю следственного органа для приобщения к уголовному делу в качестве доказательств после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. Дальнейший порядок их использования определяется уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации.

8. При возникновении угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их письменному заявлению или с их письменно оформленного согласия разрешается проведение перечисленных в части третьей настоящей статьи оперативно-розыскных мероприятий по используемым ими сетям электрической или почтовой связи на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

9. Оперативный контроль финансовых потоков и сделок, имеющих признаки криминальной противоправности, осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации.

10. Оперативная закупка или оперативная поставка объектов гражданский прав, изъятых из оборота либо ограниченно оборотоспособных, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

11. При возникновении обстоятельств, требующих незамедлительного проведения оперативно-розыскных мероприятий, перечисленных в части десятой настоящей статьи, они могут осуществляться на основании постановления, вынесенного сотрудником оперативного подразделения. Не позднее 24 часов с момента вынесения постановления о факте проведения оперативно-розыскного мероприятия уведомляется уполномоченный руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, который должен утвердить вынесенное постановление либо потребовать прекратить проведение оперативно-розыскного мероприятия.

12. По поводам, предусмотренным пунктами 3.1-3.4, 3.6 части третьей и частью четвертой статьи 11 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление оперативно-розыскных мероприятий, указанных в пунктах 1.11-1.13 части первой статьи 10 настоящего Федерального закона.

13. Оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия, обеспечивающие безопасность органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, его должностных лиц и их близких проводятся исключительно в пределах полномочий указанных органов, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации. По поводу, предусмотренному пунктом 3.5 части третьей статьи 11 настоящего Федерального закона, разрешается осуществлять оперативно-розыскные мероприятия, указанные в пунктах 1.11-1.13 части первой статьи 10, без судебного разрешения по постановлению, утвержденному уполномоченным руководителем органа, осуществ-

ляющего оперативно-розыскную деятельность, с получением на это в необходимых случаях согласия в письменной форме от лица, являющегося объектом защиты.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 8.1. Особенности проведения оперативными подразделениями органов федеральной службы безопасности оперативно-розыскных мероприятий в сфере осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства

В целях определения факта установления иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также факта наличия между иностранным инвестором и третьими лицами соглашения и (или) их согласованных действий, направленных на установление такого контроля, оперативные подразделения органов федеральной службы безопасности вправе проводить предусмотренные статьей 6 настоящего Федерального закона оперативно-розыскные мероприятия. Результаты оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности могут использоваться в доказывании по указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» судебным искам.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Анализ первого предложения рассматриваемой статьи позволяет сделать вывод, что:

целью включения законодательного положения в ФЗ об ОРД является регулирование действий одного из субъектов ОРД – Федеральной службы безопасности – по выявлению фактов установления иностранным инвесторами или группами лиц, в которые входят иностранные инвесторы, контроля над хозяйственными обществами, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также фактов наличия между иностранными инвесторами и третьими лицами соглашений и (или) их согласованных действий, направленных на установление такого контроля;

способами выявления таких фактов выступают ОРМ, предусмотренные ст.6 ФЗ об ОРД;

указанные мероприятия могут проводиться при наличии следующих закрепленных в ст.7 ФЗ об ОРД оснований: возбужденного уголовного дела (п.1 ч.1); ставших известными органам, осуществляющим ОРД, сведениях о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу национальной безопасности Российской Федерации (п.2.2 ч.1); поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве (п.3 ч.1), запросов других органов, осуществляющих ОРД (п.4 ч.1), а также международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации (п.6 ч.1).

Отмеченные нами элементы в целом вписываются в канву действовавших до последнего изменения редакции ФЗ об ОРД предписаний. Вместе с тем исследование сути рассматриваемого положения обуславливает возникновение ряда вопросов, требующих однозначного ответа:

насколько вероятным представляется легитимное проведение в этом направлении ОРМ при отсутствии первичной информации о возможности установления факта контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства

(проще говоря, существует ли возможность проведения таких мероприятий в инициативном порядке)?

как распространяются (и распространяются ли) условия проведения ОРМ, предусмотренные ст.8 ФЗ об ОРД, на деятельность оперативных подразделений ФСБ РФ в данном направлении?

распространяется ли исследуемое положение на ситуацию, при которой выявляется факт установления группой лиц без участия иностранного инвестора контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства?

Отвечая на первый вопрос, следует отметить, что инициативное проведение ОРМ возможно лишь в случае внесения изменений в ст. 2 и ст. 7 ФЗ об ОРД при упоминании в них в качестве задачи и основания проведения оперативно-розыскных мероприятий «оперативного обслуживания криминогенных объектов, в том числе имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Второй вопрос выглядит риторическим, т.к. сформулированное в нем предположение о возможности выхода оперативных подразделений за пределы условий проведения ОРМ, содержащихся в предписаниях ч. 2 и 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, требует изменения подходов к соблюдению конституционных прав и свобод личности, что применительно к законотворчеству выглядит маловероятным.

Третий вопрос является вполне обоснованным, поскольку к контролю над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, на наш взгляд, имеется интерес не только иностранных инвесторов, но и некоторых групп и лиц (граждан Российской Федерации), пытающихся обеспечить и использовать такой контроль с целью оказания влияния на экономику и политику государства для получения в последующем сверхдоходов.

Исследование второго предложения рассматриваемой статьи, согласно которому «результаты оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности могут использоваться в доказывании по указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» судебным искам», позволяет судить о наличии в нем следующих значимых моментов:

результаты ОРМ могут быть использованы в доказывании;

доказывание осуществляется по судебным искам, указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Первый момент не выходил бы за рамки предписания ч. 2 ст. 11 ФЗ об ОРД, в соответствии с которым результаты ОРД могут «...использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств», если бы речь шла об уголовном судопроизводстве.

Второй момент связан с наличием бланкетной нормы, отсылающей правоприменителя к статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», в которой также имеется бланкетная норма с отсылкой к гражданскому законодательству, что, в конечном счете, подразумевает осуществление ОРД в целях решения не уголовно-правовых, а гражданско-правовых задач.

В связи с этим рассмотренное законодательное нововведение представляется «черной дырой», т.к. ставит под сомнение сформулированную в ст. 1 ФЗ об ОРД цель осуществления ОРД – защиту жизни, здоровья, прав и свобод че-

ловека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

ПРЕДЛАГАЕТСЯ ИСКЛЮЧИТЬ СТАТЬЮ ИЗ ЗАКОНА

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 9. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий

Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания оперативно-розыскных мероприятий, планируемых в отношении судьи, указанного в абзаце третьем пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 года N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации", материалы о проведении оперативно-розыскных мероприятий на основании решения Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятого по результатам рассмотрения ходатайства органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, могут быть переданы для рассмотрения в иной равнозначный суд.

Указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения, и незамедлительно. Судья (суд) не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

Основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан,

указанные в части первой настоящей статьи, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Перечень категорий таких руководителей устанавливается ведомственными нормативными актами.

По требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий.

По результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает проведение соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, либо отказывает в его проведении, о чем выносит мотивированное постановление. Постановление, заверенное печатью, выдается инициатору проведения оперативно-розыскного мероприятия одновременно с возвращением представленных им материалов.

Срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. При этом течение срока не прерывается. При необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов.

В случае, если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, вправе обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд.

Руководители судебных органов создают условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Вслед за Конституцией РФ (ст.2) ФЗ об ОРД признал человека, его права и свободы высшей ценностью и определил ее защиту от преступных посягательств целью ОРД (ст.1).

Поскольку субъектом преступных посягательств всегда выступает человек, его права и свободы согласно ч.3 ст.55 Конституции РФ «могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

ФЗ об ОРД в ч.1 ст.5 указал на необходимость при осуществлении ОРД «обеспечивать соблюдение прав и свобод человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции».

Несложно заметить, что формулировка этих ценностей почти дословно перенесена в данный законодательный акт из ст. 23 и 25 Конституции РФ.

Так, ст. 23 гласит: «1. Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. 2. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения».

В ст. 25 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».

Случаи проведения ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, перечислены в ч.

2

ст. 8 ФЗ об ОРД.

В рамках борьбы с преступностью такие мероприятия допускаются на основании судебного решения и при наличии информации:

о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно;

о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно;

о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Таким образом, наличие в органе, осуществляющем ОРД, отмеченной выше информации позволяет ему обратиться к соответствующему субъекту – федеральному судье – за разрешением на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Исходя из перечня подвергающихся ограничению при их проведении конституционных прав граждан и в соответствии с ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, к таким мероприятиям относятся:

- обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (применительно к жилищу);
- контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений;
- прослушивание телефонных переговоров;
- снятие информации с технических каналов связи;
- получение компьютерной информации.

Не анализируя плюсы и минусы упомянутых ОРМ, сосредоточим наше внимание на наименовании статьи, а также отраженных ней основаниях и порядке судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении указанных мероприятий.

В наименовании статьи и содержащихся в ней нормах пять раз в качестве объекта оперативного интереса (лица, чьи конституционные права могут быть ограничены на законных основаниях) упоминается гражданин¹. В различных нормативных правовых актах наряду с этим термином используются такие, как человек², физическое лицо³, личность⁴.

В нормах Конституции РФ гражданин упоминаются 19 раз, человек и гражданин – 14 раз, люди – 1 раз, лицо – 1 раз. Отсюда и из анализа содержания российского высшего нормативного правового акта можно сделать вывод, что в подавляющем большинстве случаев (за редким исключением⁵) термины человек и гражданин употребляются как синонимы. На наш взгляд, в этот ряд можно смело отнести и термин личность.

¹ Гражданин – лицо, принадлежащее на правовой основе к определенному государству, имеет определенную правоспособность, наделен правами и свободами, обременен обязанностями. По своему правовому положению граждане конкретного государства отличаются от иностранных граждан и лиц без гражданства, находящихся на территории этого государства. В частности, только гражданам принадлежат политические права и свободы. В гражданском законодательстве РФ термин «гражданин», если специально не оговорено иное, подразумевает любое физическое лицо. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. М.: ИНФРА-М, 2006. VI, 858 с. (Б-ка словарей «ИНФРА-М»). С. 148.

² Человек – живое существо, обладающее даром мышления и речи, способностью создавать орудия и пользоваться ими в процессе общественного труда. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 879.

³ Физическое лицо – гражданин (иностранный гражданин, лицо без гражданства) как субъект гражданского права. Большой юридический словарь... С.800.

⁴ Понятие, означающее человека как активного субъекта общественных отношений, члена общества. В этом смысле оно применимо равным образом в отношении гражданина, иностранного гражданина, лица без гражданства. Указ. соч. С. 374.

⁵ К такому исключению следует, например, отнести ст. 59 Конституции РФ, формулирующую обязанность и долг гражданина РФ по защите Отечества.

Что касается ОРД, то в качестве объектов оперативного интереса должны рассматриваться любые лица (физическое лицо, человек, личность), замышляющие, подготавливающие или совершающие преступления независимо от их гражданства. Об этом, кстати, свидетельствует положение ч. 3 ст. 62 Конституции РФ, согласно которому иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации¹.

В статье же 9 также, как и в п. 4 ч. 1 ст. 15, ч. 4 ст. 16, в названиях ст. 17 и 18, ч. 6 ст. 18, ч. 1 ст. 19 ФЗ об ОРД, как мы полагаем, термин гражданин используется в общеупотребительном смысле, не имеющем отношения непосредственно к правам и обязанностям именно гражданина РФ.

Таким образом, для уточнения наименования и содержания упомянутых статей, а также статей 1, 3, 5, 6, 8 ФЗ об ОРД предлагается используемый законодателем термин гражданин и производные от него изменить, например, на личность.

Согласно ч. 1 статьи «рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении ОРМ осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания ОРМ, планируемых в отношении судьи, указанного в абзаце третьем пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», материалы о проведении ОРМ на основании решения Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя,

¹ См., например, ст. 275 УК РФ «Государственная измена», где субъектом преступления может выступать только гражданин РФ.

принятого по результатам рассмотрения ходатайства органа, осуществляющего ОРД, могут быть переданы для рассмотрения в иной равнозначный суд.

В соответствии с ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения, и незамедлительно. Судья (суд) не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

Анализ цитируемых предписаний позволяет прийти к следующим выводам:

при проведении ОРМ могут ограничиваться конституционные права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища. Аналогичная позиция законодателем уже была сформулирована в отмеченной нами ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, здесь же наблюдается ее дублирование;

такое ограничение осуществляется судом. Следует учитывать: законодатель не уточнил принадлежность судьи к конкретному виду судопроизводства, но поскольку основная цель ОРД – борьба с преступностью, очевидно, речь идет о федеральном суде общей юрисдикции. Федеральный статус судьи, по мнению отдельных исследователей, объясняется весьма просто. Во-первых, в соответствии со ст. 71, 72 Конституции РФ в ведении Российской Федерации и совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации находится защита прав и свобод человека и гражданина. Поскольку защита отмеченных ценностей не включена в предмет ведения исключительно субъекта Федерации, мировые суды как суды общей юрисдикции субъекта Федерации не вправе выносить судебные акты об ограничении конституционных прав граждан по ходатайству органов, осуществляющих ОРД. Во-вторых, органы, осуществляющие ОРД, относятся к федеральным органам власти. Следовательно,

испрашивать разрешение на определенные виды деятельности они должны у федерального суда;

рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан осуществляется не любым судом, а, как правило, по месту проведения мероприятия, как исключение – по месту нахождения органа, ходатайствующего о проведении ОРМ. Это означает недопустимость представления таких материалов не указанному в данной норме судье. Хотя законодатель не уточнил родовую (предметную) подсудность судов, выдающих соответствующие разрешения, это сделал Конституционный Суд РФ в определении от 21 декабря 2006 г. №560-О¹, установив, что разрешение на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ компетентные органы получают у судьи районного суда или военного суда соответствующего уровня². В связи с этим следует отметить достаточно стабильную практику определения уровня суда, выдающего такое разрешение. Результаты интервьюирования руководителей и сотрудников оперативных подразделений территориальных органов МВД России Урала, Сибири и Дальнего Востока свидетельствуют, что вопреки указанному выше определению Конституционного Суда РФ в подавляющем большинстве регионов разрешение на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ выдают суды республиканского (краевого, областного) уровня;

упомянутые в предписании материалы рассматриваются судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения³. Это означает, что с одной стороны, исключена колле-

¹Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Н. Дудченко на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

² В соответствии со ст. 6 ФКЗ от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «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».

³ Исключения из существующего правила содержатся в ст.16 Закона РФ от 26.06.1992 №3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» и ст.13 ФЗ от

гиальная форма их рассмотрения, препятствующая обеспечению в ОРД режима секретности и конспирации, с другой – повышается ответственность конкретного судьи за сохранность представленных ему сведений оперативно-розыскного характера;

данные материалы рассматриваются незамедлительно¹. Это, очевидно, означает, что не задействованный в процессе судья должен рассмотреть материалы немедленно; в случае участия в процессе он либо должен сделать перерыв для рассмотрения таких материалов, либо их рассмотрение председателем суда или его заместителем должно быть поручено иному судье, не задействованному в данное время в процессе;

судья не вправе отказать в рассмотрении таких материалов. Это означает, что при представлении материалов судья в любом случае выносит по результатам их рассмотрения постановление – дает согласие на проведение мероприятия или отказывает в его осуществлении.

Согласно ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Перечень категорий таких руководителей устанавливается ведомственными нормативными актами.

Анализ данного предписания позволяет сделать следующие выводы:

постановление руководителя органа, осуществляющего ОРД, является основанием для решения судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего

06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации». Согласно первому проведению таких мероприятий в отношении судьи до возбуждения уголовного дела санкционируется коллегией из трех судей соответствующего суда. Аналогичная процедура выдерживается относительно указанных во втором законе представителей власти.

¹ Помимо позиции законодателя существует рекомендация судьям о незамедлительном рассмотрении таких ходатайств. Подробно см.: О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации : постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.12.1993 г. № 13.

конституционные права граждан. Следует, видимо, не согласиться с законодателем об отнесении постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, к основанию для принятия судьей того или иного судебного акта. Общеизвестно, что основанием для осуществления каких-либо действий является наличие данных, а поводами – различные документы¹. Таким образом, представляется целесообразным в рассматриваемой формулировке термин «основание» заменить на «повод»;

выносить такое постановление может не один руководитель органа, осуществляющего ОРД. Например, в МВД России такое постановление может вынести не только начальник ОВД, но и его заместитель – начальник полиции;

перечень таких руководителей установлен ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих ОРД².

В соответствии с ч. 4 рассматриваемой статьи по требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Анализ данного предписания позволяет судить, что:

– иные материалы, касающиеся оснований для проведения мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, представляются судье по его требованию. В данной части нормы заложено две сущностные ошибки: во-первых, по нашему мнению, материалы, обосновывающие необходимость проведения данного мероприятия должны представляться судье в обязательном

¹ См., например, ст. 40 УПК РФ «Поводы и основание для возбуждения уголовного дела».

² Такой перечень представлен, например, в приказе МВД РФ от 19.06.2012 № 608 «О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России».

порядке вместе с указанным выше постановлением. Как бы хорошо ни было оформлено постановление, как бы правильно ни были сформулированы в нем притязания органа, осуществляющего ОРД, полагаем, это не позволяет суду без дополнительных «доказательств» давать разрешение на ограничение конституционных прав граждан;

– не предоставляются судье данные о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения ОРМ. Полагаем, данная формулировка также является не лучшим образцом законотворчества. Мы абсолютно солидарны с запретом законодателя предоставлять судье данные об указанных в положении категориях лиц, но не можем согласиться с нормативным запретом на представление сведений об организации и тактике проведения ОРМ. Дело в том, что в постановлении руководителя органа, инициирующего ограничение конституционного права гражданина (а также в иных представленных судье документах), так или иначе содержатся сведения о том, какое мероприятие будет проводиться, каким образом, когда, в отношении кого, и об иных значимых моментах, в определенной части относящихся к организации и тактике ОРМ.

Согласно ч. 5 ст. 9 ФЗ об ОРД «по результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает проведение соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, либо отказывает в его проведении, о чем выносит мотивированное постановление. Постановление, заверенное печатью, выдается инициатору проведения оперативно-розыскного мероприятия одновременно с возвращением представленных им материалов».

Исследование вышеизложенных предписаний приводит нас к следующим выводам:

на основании рассмотрения материалов судья либо разрешает, либо не разрешает проведение мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан. Позитивное решение судьи основывается на достаточности в представленных оперативным подразделением материалах сведений, позволяющих судить о причастности лица к преступлениям, по которым производство предварительного следствия обязательно, об обоснованности ходатайства указанного органа;

заключение судьи оформляется мотивированным постановлением;

вынесенное судьей постановление заверяется персональной печатью;

предоставленные судье материалы и вынесенное им постановление передаются инициатору проведения ОРМ.

Мы полагаем необходимым скорректировать данное предписание. Зачастую в суд с постановлением и иными материалами является не инициатор проведения ОРМ, а иной представитель оперативного подразделения. В связи с этим было бы целесообразным назвать рассматриваемое должностное лицо не инициатором ОРМ, а должностным лицом органа, осуществляющего ОРД, представившим постановление руководителя данного органа и иные материалы. Безусловно, налицо существенное увеличение объема описания субъекта ОРД (и это минус), но оно позволяет устранить неточность, которая как частный случай может иметь негативное воздействие на правоприменительную практику (и это плюс).

Согласно ч. 6 рассматриваемой статьи срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. При этом течение срока не прерывается. При необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов.

Исследование данного предписания позволяет сделать следующие выводы:

срок действия постановления исчисляется в сутках;

он не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении;

срок действия постановления не прерывается;

при необходимости продления срока действия постановления судья выносит новое судебное решение;

новое судебное решение выносится на основании вновь представленных материалов.

При всей логичности и процедурной точности предписания оно, на наш взгляд, не является идеальным и вносит определенный диссонанс в теорию и практику ОРД.

Первым недочетом данного положения является то, что в нем содержатся разные единицы измерения временного отрезка: сутки и месяцы. Если сутки являются неизменным мерилем времени, то месяцы в зависимости от их наименования, порядкового номера, високосного года пусть незначительно, но отличаются друг от друга. В качестве примера, подтверждающего наши рассуждения, сравним два периода времени, равные шести месяцам: с января по июнь и с июля по декабрь. Нетрудно подсчитать, что в не високосный год первый период времени будет равен 181 суткам, второй – 184. Таким образом, нормативное указание о проведении ОРМ на протяжении не более шести месяцев не является точным выражением временного отрезка, что может вызывать различное толкование нормы закона у теоретиков и практиков.

Вторым недостатком является предписание о том, что срок действия судебного постановления не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. Часть исследователей отмечает, что никакой проблемы в данной формулировке не заложено: шесть месяцев – предельный срок проведения мероприятия, определенный законодателем, а в постановлении судьи может быть указан меньший по объему срок, например, 30 суток или 90 суток. Наша точка зрения существенно отличается от изложенной выше. Мы рас-

смаатриваем исследуемое положение синтаксически как сложносочиненное предложение, состоящее из формулировок двух норм: общей – срок действия вынесенного судьей постановления не может превышать шести месяцев, и специальной – если иное не указано в самом постановлении. Проще говоря, по общему правилу действует общая норма, но, когда в постановлении указан иной срок проведения мероприятия, – действует эта специальная норма, и она определяет такой период, какой будет указан в судебном постановлении – например, 30 суток, 200 суток и т.п. При этом мы понимаем, что в подавляющем большинстве случаев срок в 200 суток вряд ли вообще потребуется, но пока возможно различное толкование анализируемой нормы, всегда найдутся исследователи и правоприменители, сомневающиеся в ее однозначности.

Третьей проблемой выступает формулировка нормы, согласно которой «при необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов». Для уяснения данного положения следует обратить внимание на следующие части фразы:

при необходимости продления срока действия постановления;

судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов.

Первая часть определяет цель судебного акта – продление срока действия постановления. Получается, что судья решает вопрос о продлении срока действия постановления, вынесенного ранее. Однако вторая часть фразы однозначно свидетельствует о том, что на основании вновь представленных материалов судья не продляет ранее действовавшее постановление, а осуществляет новый судебный акт. Таким образом, если, например, действовало судебное разрешение на проведение прослушивания телефонных переговоров фигуранта сроком на 30 суток, то суть нового судебного акта будет не в продлении мероприятия, допустим, на 40 суток, а в предоставлении субъекту ОРД права провести прослушивание телефонных переговоров сроком на 40 суток. Значит, в исследуемой

норме речь должна идти не о продлении разрешения, ранее данного судьей, а о предоставлении нового.

В соответствии с ч. 7 рассматриваемой статьи в случае, если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, вправе обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд.

Данное предписание абсолютно понятно правоприменителю, поскольку имеет однозначное содержание. Вместе с тем у представителей теории ОРД все же возникает один вопрос: «Почему законодатель в случае отказа судьи в санкционировании ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан, предлагает обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд, а не обжаловать не устраивающий субъект ОРД судебный акт»? Институт обжалования судебных решений весьма распространен в уголовном и гражданском судопроизводстве, и мы не видим оснований для отказа в таком подходе к ОРД. Обжалование судебных актов по вопросам ОРД, на наш взгляд, позволит судьям как первой, так и следующей инстанций почувствовать персональную ответственность за принимаемые ими решения.

Согласно ч. 8 рассматриваемой статьи руководители судебных органов создают условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах.

Полагаем, что и в этой норме не все логично. Действительно, согласно положениям данной статьи, а также правоприменительной практике, оперативно-служебные документы, на основании изучения которых принимается судебный акт об ограничении конституционных прав граждан, представляются непосредственно судье, рассматриваются незамедлительно и возвращаются инициатору. Во всей этой процедуре найти место для руководителя судебного органа достаточно сложно. Скорее всего, он вообще не знает о конкретном факте обращения к судье по поводу проведения ОРМ, ограничивающего конституцион-

ные права гражданина, поскольку законодательство и подзаконные акты не требуют его участия в данной процедуре либо отчета перед ним судьи по каждому случаю санкционирования ОРМ. Это означает, что указанное должностное лицо не может «создавать условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах».

Несмотря на то, что нами охарактеризованы все нормы рассматриваемой статьи, нельзя не остановиться еще на одной проблеме, постоянно присутствующей в теории ОРД. Речь идет о статусе судебной деятельности применительно к рассмотрению вопроса об ограничении прав граждан при осуществлении ОРМ. Одни авторы отстаивают позицию о том, что по ходатайству органа, осуществляющего ОРД, суд принимает решение¹ о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. Другие – называют эту функцию судебным контролем² за ОРД.

Что касается первой точки зрения, то установить ее несостоятельность достаточно просто. Для этого следует выяснить сущность термина «решение», а затем определить «вклад» в его принятие всех субъектов анализируемой деятельности.

Согласно словарному значению в рассматриваемом контексте решение (от решить)³ – заключение, вывод из чего-нибудь⁴. Исходя из этого, становится очевидным, что решение о проведении ОРМ принимает исполнитель – сотрудник оперативного подразделения, ходатайствует об ограничении конституционных прав гражданина руководитель органа, осуществляющего ОРД, вынося соответствующее постановление, а разрешает проведение данного мероприятия

¹ См., например: Чечетин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности : монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С.55.

² См., например: Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С.123.

³ Прийти к какому-нибудь выводу, к необходимости каких-нибудь действий. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С.688.

⁴ Там же. С. 668.

судья. Ведь если бы судья принимал решение о проведении ОРМ, он автоматически становился бы субъектом ОРД, что представить довольно сложно.

Дополнительным аргументом к тому, что судья выполняет разрешительную функцию, выступает Определение Конституционного суда Российской Федерации от 14.07.1998 № 86-О¹, разъясняющее необходимость «наделения суда полномочием по осуществлению процедуры независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан».

Рассматривая вопрос о наличии или отсутствии судебного контроля за ОРД, следует обратить внимание на такие аргументы:

А.Ю. Шумилов описывает судебный контроль как санкционирование ОРМ, влекущих ограничение конституционных прав граждан. Санкция – утверждение чего-нибудь высшей инстанцией, разрешение². Следовательно, судебное разрешение – это утверждение выраженного в постановлении решения оперуполномоченного и ходатайства его руководителя о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. При этом судья не имеет возможности ни контролировать собственно процедуру проведения мероприятия, ни ознакомиться с его результатами;

контроль представляет собой проверку, а также постоянное наблюдение в целях проверки или надзора³. Но ведь суд не ведет постоянное наблюдение ни за органом, осуществляющим ОРД, ни за проведением самого мероприятия. Тем более, что в отношении ОРД он не осуществляет надзорную деятельность;

контроль (в отличие от надзора) предполагает возможность непосредственного вмешательства контролирующего органа в контролируемый процесс. Но ведь суд ни при каких условиях не может, например, прекратить осуществ-

¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой.

² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 686.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 286.

ление начавшегося мероприятия или, наоборот, предложить более эффективный вариант его проведения, тем более, не может сам стать его участником;

контрольная функция суда должна быть закреплена законодательно. Однако ни в ФЗ об ОРД, ни в одном из законов, регулирующих деятельность судебной системы и собственно осуществление судопроизводства, такая функция не зафиксирована¹.

Перечисленные нами аргументы позволяют прийти к однозначному выводу: контрольная функция суда при осуществлении ОРД – ни более чем фантазии отдельных авторов, ничем не подкрепленные попытки выдать желаемое за действительность.

Таким образом, исследование роли суда в оперативно-розыскном ограничении конституционных прав граждан позволяет констатировать необходимость уточнения законодательной регламентации рассматриваемого процесса с целью повышения эффективности правоохранительной деятельности в целом.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 13. Судебное рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий

1. Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав личности на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется федеральным судом общей юрисдикции по месту про-

¹ Отдельные авторы для подтверждения существования в ОРД функции судебного контроля ссылаются на положения ст.23 ФЗ от 3 апреля 1995 г. №40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности» и ст.31 ФЗ от 27 мая 1996 г. №57-ФЗ «О государственной охране». В них, в частности, отмечается, что контроль за деятельностью указанных федеральных органов осуществляют (кроме перечисленных субъектов) «судебные органы в пределах полномочий, определяемых Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами». Однако ни в одном из указанных нормативных правовых документов не представлена функция суда по контролю ОРД.

ведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении.

2. Допускается рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей равнозначного суда не по месту проведения оперативно-розыскных мероприятий и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых оперативно-розыскных мероприятий соответствующие материалы подлежат направлению для рассмотрения в суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

3. По ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, суд может разрешить ему ознакомление с информацией, составляющей банковскую, коммерческую, нотариальную, врачебную и иную охраняемую законом тайну, в отношении которой Федеральным законом установлен специальный порядок ее получения.

4. Орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, может ходатайствовать перед судом также об ограничении не включенных в часть первую настоящей статьи прав, предоставленных федеральным законом отдельным лицам в связи с их должностным или профессиональным статусом.

5. Материалы, представленные органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, рассматриваются судьей единолично и незамедлительно. Судья не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

6. Поводом для решения судьей вопроса об ограничении в связи с проведением оперативно-розыскных мероприятий конституционных или иных прав личности, указанных в первой и третьей частях настоящей статьи, является

оформленное в виде постановления мотивированное ходатайство органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, утвержденное его уполномоченным руководителем. Перечень категорий таких руководителей устанавливается нормативными правовыми актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

7. По требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований или повода для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих либо оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе.

8. По результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает при проведении оперативно-розыскных мероприятий ограничить конституционные и иные права личности, указанные в первой и третьей частях настоящей статьи, либо отказывает в этом, о чем выносит мотивированное постановление, которое заверяется печатью и выдается органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, одновременно с возвращением представленных им материалов.

9. Срок действия судебного постановления не прерывается, исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать 180 суток. При необходимости продления срока ограничения конституционных и иных прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий судья дает судебное разрешение на основании вновь представленных материалов.

10. В случае отказа судьи в ограничении при проведении оперативно-розыскных мероприятий конституционных и иных прав личности, указанных в частях первой и третьей настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, может обжаловать принятое решение в вышестоящий суд.

11. Судья, рассматривающий ходатайство органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, создает условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых ему оперативно-служебных документах.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 10. Информационное обеспечение и документирование оперативно-розыскной деятельности

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, для решения задач, возложенных на них настоящим Федеральным законом, могут создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета.

Дела оперативного учета заводятся при наличии оснований, предусмотренных пунктами 1-6 части первой статьи 7 настоящего Федерального закона, в целях собирания и систематизации сведений, проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, а также принятия на их основе соответствующих решений органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина.

Дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач оперативно-розыскной деятельности, предусмотренных статьей 2 настоящего Федерального закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач.

(Перечень дел оперативного учета и порядок их ведения определяются нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

«Знать наперед намерения противника – это, по сути, действовать, как Бог», – гласит китайская мудрость. Сведения о намерениях и действиях преступников содержатся (или могут содержаться) в информации, циркулирующей в определенной социально-коммуникационной среде и добываемой компетентными органами в целях решения задач ОРД.

Человек в процессе познания мира посредством органов чувств принимает и расшифровывает информацию. Удивительное свойство информации не уменьшаться от того, что ее потребляют, а, наоборот, «размножаться», активно используется в ОРД.

В частности, в информационных системах фиксируются сведения о лицах, фактах, предметах, событиях, представляющих оперативный интерес для субъектов ОРД. Эти сведения систематизируются в автоматизированных базах данных, картотеках, следотеках, фото- и видеотеках, делах-досье. Основное предназначение указанных накопителей информации – возможность неоднократного обращения к ним различных субъектов ОРД. Как правило, такие запросы реализуются путем направления в учреждение, осуществляющее информационно-справочные функции, формализованного бланка, содержащего требование на предоставление сведений определенной категории, подписанного соответствующим руководителем субъекта ОРД либо оперативного подразделения. Наиболее традиционная и не представляющая тайны информация может быть получена исполнителем через компьютерные сети или посредством использования телефонных линий.

К пробелу здесь, на наш взгляд, относится положение ч. 1 рассматриваемой статьи, указывающее на возможность создания и использования органами, осуществляющими ОРД, информационных систем. Созданные и используемые указанными органами информационные системы являются, безусловно, важнейшим средством ОРД. Вместе с тем, ни в анализируемой норме, ни в ч. 3 ст. 6, ни тем более в ч. 1 ст. 15 закона прямо не зафиксирована возможность опера-

тивных подразделений (как это не очень четко, но все же сделано, например, в п. 4 ст. 13 ФЗ «О полиции») на безвозмездной основе получать информацию от должностных и физических лиц (а значит, в том числе пользоваться и информационными системами различной ведомственной принадлежности). Для устранения данного недостатка следует указать на такую возможность в ст.15 ФЗ об ОРД.

К существенным недостаткам законотворческого процесса относится положение ч. 2 анализируемой статьи, согласно которому дела оперативного учета заводятся при наличии оснований, предусмотренных пунктами 1-6 части 1 статьи 7 настоящего Федерального закона. Оперативно-розыскная практика свидетельствует о неоднократных фактах предъявления требований со стороны органов прокуратуры по заведению дел оперативного учета в случаях, когда заведение таких дел представляется органам, осуществляющим ОРД, нецелесообразным (преступление раскрыто, лица, его совершившие, установлены, незначительный объем необходимых ОРМ не требует заведения дела оперативного учета, собранные проверочные материалы достаточны для принятия решения). Однако указанные, а также иные должностные лица вышестоящего органа, осуществляющего ОРД, настаивают на заведении таких дел, ссылаясь на однозначное установление законодателя «...заводятся... при наличии оснований». В результате образуется ненужный документооборот, задействуются дополнительные силы и средства, ухудшаются морально-психологический климат в оперативных подразделениях и взаимоотношения с надзирающими и контролирующими структурами. Полагаем, что для устранения указанного недостатка следует в анализируемой формулировке вместо слова «заводятся» применить словосочетание «могут заводиться» (тем более, что в ведомственных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД, существует градация ситуаций, при которых необходимо либо нецелесообразно заведение дел оперативного учета).

Согласно ч. 3 рассматриваемой статьи факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина. С этой нормой следует просто согласиться, поскольку она отражает существующее положение дел.

В соответствии с ч. 4 ст. 10 ФЗ об ОРД дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач ОРД, предусмотренных статьей 2 этого закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач. Если с первой частью формулировки нормы все предельно ясно, то ее вторая часть требует небольшого комментария, хотя бы на уровне практического примера. На наш взгляд, к обстоятельствам, свидетельствующим об объективной невозможности решения задач ОРД, относится. Например, ситуация, при которой оперативная разработка преступника-одиночки (лица, подготавливающего либо уже совершившего преступление), осуществляемая в рамках дела оперативного учета, подлежит прекращению в связи со смертью разрабатываемого.

Согласно положению ч. 5 ст. 10 закона перечень дел оперативного учета и порядок их ведения определяются нормативными актами органов, осуществляющих ОРД. Действующим приказом МВД России, регулирующим основные вопросы организации и тактики ОРД, на сегодняшний день регламентировано существование одиннадцати дел оперативного учета, а также ряда дел, не входящих в этот перечень. В связи с этим (хотя это напрямую не относится к совершенствованию законодательного регулирования ОРД) полагаем целесообразным существенное снижение количества дел оперативного учета и упрощение оперативного документооборота.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава V. ИНФОРМАЦИОННОЕ, ФИНАНСОВОЕ И ИНОЕ РЕСУРСНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ДОКУМЕНТИРОВАНИЕ, ЗАЩИТА

СОДЕРЖАЩИХСЯ В НЕЙ СВЕДЕНИЙ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ

Статья 16. Информационное обеспечение и документирование оперативно-розыскной деятельности

1. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, для решения задач, возложенных на них настоящим Федеральным законом, могут создавать и использовать информационные системы.

2. Указанные органы в пределах своих полномочий имеют право запрашивать и получать на безвозмездной основе по мотивированным запросам, подписанным их уполномоченными руководителями, от государственных и муниципальных органов, общественных объединений, организаций, должностных и иных лиц данные информационных систем, сведения, справки и документы (их копии), иные необходимые сведения, в том числе персональные данные лиц.

3. Документирование оперативно-розыскной деятельности осуществляется в ходе оперативной проверки или оперативной разработки.

4. Оперативная проверка может проводиться с заведением дела оперативного учета или без такового.

5. Оперативная разработка осуществляется с заведением дела оперативного учета.

6. Дела оперативного учета могут заводиться органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, при наличии оснований и поводов, предусмотренных частями первой и второй статьи 11 настоящего Федерального закона, в целях собирания и систематизации сведений, проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, а также принятия на их основе соответствующих решений.

7. Факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод личности.

8. Дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач оперативно-розыскной деятельности, предусмотренных статьей 2 настоящего Федерального закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач.

9. Перечень дел оперативного учета, потребность в их заведении и порядок ведения определяются нормативными правовыми актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 11. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, для принятия решений о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, и в иных случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами.

Результаты оперативно-розыскной деятельности в отношении лиц, перечисленных в пунктах 1-4 и 6 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, учитываются при решении вопроса об их допуске к указанным видам деятельности.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Законодательную дефиницию результатов ОРД мы обнаруживаем в п. 36.1 ст.5 УПК РФ, где отмечается, что результаты оперативно-розыскной деятельности – сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

Анализ представленного определения позволяет выделить следующие его значимые элементы:

- во-первых, это сведения;
- во-вторых, они получены в соответствии с ФЗ об ОРД;
- в-третьих, они характеризуют признаки подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, а также лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

К сведениям обычно относят познания в какой-нибудь области, известия, сообщения¹. А это означает, что, с одной стороны, сведения обладают исключительно информационными характеристиками, с другой – законодатель не на-

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С.689.

ходит иной оценки для результатов ОРД. Проще говоря, результатами ОРД, по мнению законодателя, не могут быть никакие иные категории, кроме информации (сведений).

По этому поводу мы имеем отличную от законодательной точку зрения, основанную на следующих доводах.

Представим себе результаты такого оперативно-розыскного мероприятия (далее – ОРМ), как «оперативное внедрение». Теория и практика выработали множество вариантов проведения самого мероприятия и решаемых при его осуществлении задач. Оценивая последние, мы изберем лишь две и на этом примере сможем судить, что данное ОРМ может быть осуществлено для:

- добывания в уголовной среде оперативно значимых сведений (и тогда эта задача информационная);
- дискредитации лидера преступной группы, ее разобщения или переориентации.

Следует обратить внимание, что вторая задача не обладает информационным характером. Решая ее, мы не добываем информацию, а предотвращаем (прекращаем) преступную деятельность. Все это позволяет сделать вывод, что информационный характер результатов ОРД проявляется не всегда, отчего анализируемое определение для нас перестает быть догмой.

Вторая позиция определения, отражающая законность получения результатов ОРД, у нас не вызывает никаких возражений.

Третья зафиксированная в определении черта результатов ОРД, касающаяся лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда, представляется нам не в полной мере корректной. Эта некорректность проявляется в двусмысленности отмеченной фразы:

- с одной стороны, речь может идти о скрывшихся от органов дознания, следствия или суда лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление;

– с другой стороны, это могут быть лица, подготавливающие, совершающие или совершившие преступление, а также лица, скрывшиеся от органов дознания, следствия или суда.

Таким образом, мы не можем признать оптимальным для ОРД предложенное законодателем в УПК РФ определение понятия «результаты оперативно-розыскной деятельности».

Среди ученых, исследующих проблемы ОРД, также нет единого мнения об определении данной категории. В связи с этим следует посетовать, что за более чем двадцатилетний период, прошедший со времени принятия ФЗ об ОРД, представители оперативно-розыскной науки так и не вывели оптимальной характеристики рассматриваемого понятия.

Так, одни авторы относят к таким результатам «оперативно-розыскную информацию, добываемую с помощью оперативно-розыскных мероприятий в сфере и инфраструктуре преступности»¹, другие – рассматривают их как «непроцессуальную информацию»², «оперативно-розыскные материалы»³.

По мнению В.И. Зажицкого, результатами ОРД являются «фактические данные об обстоятельствах неочевидных тяжких и особо тяжких преступлений, а также о лицах, их подготавливающих, совершающих или совершивших, полученные органами, осуществляющими эту деятельность, в рамках ведения дел оперативного учета в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»⁴.

¹Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : комментарий. М.: Новый Юрист, 1997. С.9.

² Козловский А.Ю. К вопросу об оформлении результатов оперативно-розыскных мероприятий для использования в уголовном процессе // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-практического семинара / отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С.109-118.

³ Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. С.17-18.

⁴Зажицкий В.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2001. №3. С.47.

В.И. Михайлов под результатами ОРД понимает «полученные на основании и в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», данные о событиях и лицах, причастных к ним, зафиксированные на материальных носителях, приобщаемых к материалам уголовного дела»¹.

По мнению В.К. Зникина, результаты ОРД тождественны категориям оперативная или оперативно-розыскная информация².

Можно было бы еще продолжать сравнение позиций авторов относительно существа результатов ОРД, однако процитированные выше мнения существуют и сегодня, и уже позволяют сделать вывод, что отмеченные исследователи отождествляют такие результаты с категориями «информация», «сведения», «данные» (фактические данные), «материалы».

В определении Конституционного Суда РФ от 04.02.1999 № 18-О³ также отмечается, что результаты ОРД являются лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований ФЗ об ОРД, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции РФ. Соответственно, в процессуальном смысле о результатах ОРД как о фактических данных говорить преждевременно, а речь может идти лишь о сведениях, с использованием которых предстоит установить факты.

Не случайно в УПК РФ результаты ОРД рассматриваются как сведения, полученные в соответствии с ФЗ об ОРД о признаках подготавливаемого, со-

¹ Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие. М.: Издатель И.И. Шумилова, 1998. С.55.

²Зникин В.К. Принципы и основные понятия перехода избыточности оперативной информации в достаточность уголовно-процессуальных доказательств. М., 1998. С.229.

³ По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

вершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

Однако следует отметить, что УПК РФ закрепляет узкое, уголовно-процессуальное значение и содержание результатов ОРД и рассматривает только те сведения, которые могут быть представлены дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или суду, а значит, оно не соответствует более широким возможностям и потребностям ОРД в борьбе с преступностью.

Сопоставляя словарные определения терминов информация, сведения, данные, материалы, мы обнаруживаем, что для описания понятия практически всегда применяется слово «сведения». Таким образом, формально именно данный термин объединяет все используемые вышеуказанными авторами определения понятий ОРД.

Но является ли эта формальная категория всеобъемлющей по отношению к результатам ОРД? Проще говоря, всегда ли результаты ОРД должны отождествляться только со сведениями (пусть даже очень значимыми, оперативно-розыскного характера, полученными уполномоченным субъектом и в соответствии с ФЗ об ОРД)? Полагаем, что нет. Конкретизируя нашу позицию, снова вернемся к ОРМ «оперативное внедрение».

Мы уже отмечали, что данное ОРМ может быть осуществлено не только для добывания оперативно значимых сведений, но и, например, для компрометации лидера преступной группы, ее разобщения или переориентации.

Еще раз обращаем внимание, что последняя задача не направлена на добывание сведений (информации, данных). Достигая ожидаемого результата, мы предотвращаем (прекращаем) преступную деятельность, решаем иные задачи ОРД. Все это позволяет сделать вывод, что информационный характер результатов ОРД проявляется далеко не всегда, а значит, понятие результатов ОРД нуждается в корректировке. Причем изменяться, видимо, должно не все определение, а лишь его часть, описывающая полученный в ходе ОРД результат.

Нам же следует определить возможные варианты классификации частных результатов ОРД. Анализ теоретических разработок и обобщение практики позволяют отнести к частным результатам ОРД в борьбе с преступностью:

- сведения (информация, данные) оперативно-розыскного характера;
- предметы, документы, имеющие прикосновенность к подготовке или осуществлению криминальной деятельности;
- факты предотвращения или раскрытия преступления; обнаружения и задержания преступника; разоблачения или переориентации преступной группы, компрометации ее лидера; и т.п.

Классификация частных результатов ОРД дает возможность определить категории, нуждающиеся во включении в рассматриваемый перечень. Учитывая, что упомянутые выше предметы и документы являются результатом преступной, а не оперативно-розыскной деятельности, использование их в определении понятия результатов ОРД представляется неправомерным.

Таким образом, в оперативно-розыском смысле результатами оперативно-розыскной деятельности выступают оперативно значимые сведения (в том числе о предметах, документах и иных материальных объектах), относящиеся к подготовке, совершению преступлений, выявлению или розыску причастных к ним лиц, а также факты (события), являющиеся последствиями использования отмеченных сведений сотрудниками оперативных подразделений в решении задач ОРД.

Что касается пробелов в предписаниях рассматриваемой статьи, то к категории недостатков, на наш взгляд, следует отнести положение ч. 1, согласно которому результаты ОРД могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения ОРМ по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших. В этой формули-

ровке не упомянуты лица, уже подготовившие преступление. Рассуждая от обратного, можно заключить, что при наличии сведений об отмеченной категории лиц, попавшей в поле зрения органов, осуществляющих ОРД, указанные органы, формально следуя положению ч. 1 ст. 11 закона, не вправе использовать результаты ОРД для достижения одной из заявленных в установлении законодателя целей. Для устранения этого недостатка, представляется, достаточно дополнить анализируемую формулировку после слова «подготавливающих» термином «подготовивших».

Еще одним недочетом в определенной степени выступает положение ч. 2 анализируемой статьи, определяющее, что «результаты ОРД могут... использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств».

С одной стороны, п. 36 ст. 5 УПК РФ трактует результаты ОРД как сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом об ОРД, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

С другой стороны, ст. 89 УПК РФ «Использование результатов ОРД» указывает, что в процессе доказывания запрещается использование результатов ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом.

В Инструкции «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд»¹ отмечено, что результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым

¹ Утверждена приказом МВД РФ, МО РФ, ФСБ РФ, ФСО РФ, ФТС РФ, СВР РФ, ФСИН РФ, ФСКН РФ СК РФ от 27.09.2013 № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68.

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.

На наш взгляд, никакие результаты ОРД не могут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам. Речь идет о таких их признаках, как относимость и допустимость. И если относимость результатов ОРД к исследуемым по уголовному делу обстоятельствам определить достаточно просто, то их допустимость в ряде случаев представляется эфемерной.

Обязательным условием формирования допустимого доказательства является известность источника доказательства (т.е. человека). Относящиеся к делу сведения, полученные из источников, происхождение которых неизвестно, не отвечают требованию допустимости и поэтому доказательствами не являются.

С известностью источника доказательства – лица, от которого оно исходит, связана возможность проверки доказательства.

Представим ситуацию, при которой конфиденент (штатный негласный сотрудник), т.е. лицо, имеющее особый статус, раскрывать который в соответствии с законом запрещено, явился очевидцем событий, относимых к расследуемому преступлению. Сообщенная им информация, облеченная в письменную форму документа, обладающего грифом секретности, может при использовании в процессе доказывания расшифровать указанный источник, что негативно скажется на его безопасности. Сообщение же компетентным лицам (следователю, судье) указанных сведений гласным сотрудником оперативного подразделения (его допрос) «со слов» негласного источника не позволяет отнести доказательство к допустимым.

Таким образом, важная для расследования уголовного дела информация будет исключена из процесса доказывания как недопустимое доказательство.

Выходом из создавшейся ситуации представляется исключение из теории доказательств требования о генезисе формирования доказательства, т.е. его «прохождении» от источника информации до формирования доказательства. На наш взгляд, для признания доказательства, сформированного на основе результатов ОРД, вполне достаточным было бы подтверждение наличия такого источника и сообщенных им сведений компетентным представителем оперативного подразделения в ходе допроса.

Представление оперативными подразделениями указанным выше субъектам результатов ОРД реализуется на основании постановления органа, осуществляющего ОРД, и означает передачу в установленном законодательными и подзаконными нормативными правовыми актами порядке конкретных оперативно-служебных документов, которые после определения их относимости и значимости для уголовного судопроизводства могут быть приобщены к уголовному делу.

При наличии в материалах сведений, составляющих государственную тайну, перед представлением они подлежат рассекречиванию на основании мотивированного постановления руководителя органа, уполномоченного на осуществление ОРД.

Результаты ОРД могут представляться в виде обобщенного официального сообщения (справки-меморандума) или в виде подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

Результаты ОРД не представляются:

если невозможно обеспечить безопасность субъектов (участников) ОРД в связи с представлением и использованием данных результатов в уголовном процессе;

если их применение в уголовном процессе создает реальную возможность расшифровки (разглашения) сведений об используемых или использованных

при проведении негласных ОРМ силами, средствами, источниками, методах, планах, результатах ОРД и т.п.

Решение о непредставлении результатов ОРД по указанным мотивам оформляется постановлением руководителя органа, осуществляющего ОРД, и приобщается к материалам дела оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела. О принятом решении уведомляется инициатор запроса.

Анализ содержания статьи позволяет сделать вывод о необходимости изменения ее редакции в целях как оптимизации ОРД, так и процесса ее позитивного влияния на уголовное судопроизводство.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 19. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

1. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий и проведения оперативно-розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников и без вести пропавших лиц, в качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, а также для принятия решений о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений.

2. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, выступать в качестве оснований иных процессуальных решений по уголовному делу (об обыске, выемке, задержании подозреваемого и т.д.), представляться дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки со-

общения о преступлении, а также использоваться в иных случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

3. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут направляться в налоговые органы для использования при реализации полномочий по контролю и надзору за соблюдением законодательства о налогах и сборах, по обеспечению представления интересов государства в делах о банкротстве, а также при реализации полномочий в сфере государственной регистрации юридических лиц.

4. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа осуществляется на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном межведомственными или ведомственными нормативными правовыми актами.

ДЕЙСТВУЮЩАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 12. Защита сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия и материалы, послужившие основанием для принятия такого решения, хранятся только в органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, представляются суду (судье), прокурору, осуществляющему надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности, следователю и органу дознания, в производстве которых находится уголовное дело, другим органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в порядке и случаях, которые установлены настоящим Федеральным законом.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Сведениями, составляющими государственную тайну, обладают руководители, уполномоченные на осуществление ОРД, и сотрудники оперативных подразделений. Кроме того, данные определенного характера могут сообщаться судье (при получении разрешения на мероприятие, ограничивающее конституционные права граждан) или прокурору (при осуществлении надзора за ОРД). Круг лиц, допущенных до засекреченной информации, значительно расширяется, и не все справляются с соблазном поделиться секретом со своими ближними.

Под разглашением государственной тайны понимается предание огласке (в любой форме) сведений, являющихся государственной тайной, в результате чего они стали известны посторонним (т.е. не допущенным к ним) лицам.

Согласно ч. 6 ст. 21 Закона «О государственной тайне» устанавливаются три формы допуска должностных лиц и граждан, соответствующие трем степеням секретности сведений, составляющих государственную тайну: к сведениям особой важности, совершенно секретным или секретным. Наличие у указанных субъектов допуска к сведениям более высокого уровня секретности является основанием для доступа их к сведениям меньшей степени секретности.

Анализ статьи позволяет сделать вывод о том, что содержание всех ее четырех частей раскрывает положения, обеспечивающие защиту сведений об ОРД, а не об осуществляющих ее органах. Кроме того, здесь в определенной степени действует ст. 16 ФЗ об ОРД, определяющая нормы, направленные на социальную и правовую защиту должностных лиц упомянутых органов. Для устранения данного пробела представляется более корректным и соответствующим содержанию название статьи сформулировать как «Защита сведений об оперативно-розыскной деятельности».

Очередным недостатком выступает фрагмент формулировки ч. 1 исследуемой статьи «...о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе...». Одни правоприменители могут посчитать, что речь идет о лицах, оказывающих таковое содействие штатным негласным сотрудникам органов, осуществляющих ОРД, другие – указанным органам. Для устранения отмеченного пробела достаточно после слов «...о лицах, оказывающих...» вместо местоимения «им» включить словосочетание «данным органам».

Таким же недочетом, на наш взгляд, выглядит и формулировка ч. 2 исследуемой статьи, перечисляющей категории лиц, сведения о которых могут быть преданы гласности «лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами». Полагаем, что в предложенный законодателем перечень следует включить не только должностных лиц, осуществляющих ОРД, но и осуществлявших ее ранее. Это обеспечит соответствующую защиту сведений об их прошлом негласном статусе – и стимулирует эффективность работы при нахождении в нем.

Что касается ч. 3 рассматриваемой статьи, формулирующей требование о хранении судебного решения на право проведения ОРМ и материалов, послуживших основанием для принятия такого решения, только в органах, осуществляющих ОРД, то практика уголовного судопроизводства расставила все на свои места: многочисленные обращения лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, и их защитников о предоставлении документа, подтверждающего наличие оснований и для ограничения конституционных прав личности при осуществлении ОРД и правомерность ОРМ, обусловили рассмотрение этого вопроса КС РФ, в соответствии Определением которого от 16.04.2009 № 565-О-О¹ ст. 12 ФЗ об ОРД, предусматривающая хранение судебного решения на право проведения ОРМ и материалов, послуживших основанием для принятия такого решения, только в органах, осуществляющих ОРД, не содержит запрета на ознакомление обвиняемого с таким судебным решением. КС РФ ранее уже отмечал, что результаты ОРМ, проводимых на основании судебных решений, должны представляться следователю или в суд вместе с копиями этих судебных решений (Определение от 15.07.2008 № 460-О-О) и обвиняемый может реализовать свое право на ознакомление с судебным решением о проведении в отношении него ОРМ в соответствии с п. 12 части четвертой статьи 47 УПК РФ (Определение от 21.12.2006 № 590-О), а также путем направления запроса в орган, осуществляющий ОРД, где в соответствии с законом такой документ хранится (Определение от 24.06.2008 № 356-О-О).

Таким образом, внесение корректив в действующую редакцию ст. 12 закона позволит минимизировать возникающие в этой области проблемы, оптимизировать защиту сведений об ОРД, обеспечить соблюдение прав личности.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 18. Защита сведений в области оперативно-розыскной деятельности

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Родионова Игоря Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 3 и 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

1. Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных и иных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, о лицах, оказывающих либо оказывавших содействие этим органам на конфиденциальной основе, а также об организации и тактике оперативно-розыскной деятельности составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

2. Предание гласности сведений о лицах, внедренных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме.

3. Судебное разрешение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия и материалы, послужившие поводом для принятия такого решения, хранятся в органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и могут после их рассекречивания в установленном порядке передаваться дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении.

4. Оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, представляются дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении, прокурору, осуществляющему надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, другим орга-

нам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Работа над проектом Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» позволила подтвердить наличие в действующей редакции значительного количества недостатков, выявить новые, оценить их влияние на оперативно-розыскную практику. В частности, выявлены наиболее значимые проблемы, распределенные автором по следующим блокам:

1. Проблемы в области реализации нормативных правовых актов, регламентирующих соблюдение прав и свобод граждан при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

2. Проблемы в области применения законодательства, регулирующего проведение оперативно-розыскных мероприятий, основания и условия их проведения.

3. Проблемы судебного санкционирования ограничения конституционных прав граждан при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

4. Проблемы реализации законодательства в области содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность.

5. Проблемы осуществления прокурорского надзора за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Отмеченные и некоторые другие проблемы и результаты их анализа учтены при поиске оптимальных формулировок положений профильного закона, позволяющих наиболее эффективно осуществлять оперативно-розыскное противодействие преступности.

Анализ юридико-технического качества предписаний действующего закона, минимизирующего легальные возможности оперативно-розыскного противодействия преступности, позволяет судить о необходимости принятия соответствующих мер по продвижению проекта в законодательные органы Российской Федерации, его юридическому сопровождению, решению вопроса о принятии нового закона «Об оперативно-розыскной деятельности».