



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

УДК 347.963



Николай Семенович ЖЕЛЕЗНЯК,

профессор кафедры оперативно-розыскной деятельности
Сибирского юридического института МВД России
(г. Красноярск), доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации

О НЕДОПУСТИМОСТИ ВЕДОМСТВЕННОЙ КОРРЕКТИРОВКИ ПРЕДПИСАНИЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О ПРОКУРАТУРЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

*Чтоб проще описать надзора варево,
Мы поясним, кто должен и кому:
Герасим – это «око государево»,
А сыщик получается – Муму.*

Нормативная регламентация деятельности государственных органов, как правило, представляет собой создание и принятие законодательных актов, включающих основополагающие нормы права, и нормативных правовых актов подзаконного характера, конкретизирующих отдельные их предписания.

Аналогичным образом поступили законодатель и ведомственный нормодатель в регулировании надзорной функции прокуратуры по отношению к исполнению Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – ФЗ об ОРД). 17 января 1992 г. был принят Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – ФЗ о прокуратуре) и в его развитие 25 апре-

ля 2000 г. – приказ Генерального прокурора РФ №56 «Об организации прокурорского надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»», впоследствии (21 декабря 2007 г.) замененный приказом Генерального прокурора РФ №207 «Об организации прокурорского надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»» (далее – приказ).

Согласно ч.2 ст.1 ФЗ о прокуратуре (в интересующем нас контексте) она обеспечивает «надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность...»¹.

В соответствии с упомянутым предписанием Генеральным прокурором РФ издан указанный выше приказ, судя по



названию, конкретизирующий прокурорский надзор за исполнением ФЗ об ОРД. Таким образом, исходя из названия приказа, его предписания должны регламентировать (конкретизировать, но не изменять или дополнять)² прокурорский надзор за исполнением ФЗ об ОРД.

Однако (как автономный, так и в сопоставлении с предписаниями ФЗ о прокуратуре) контент-анализ положений рассматриваемого нормативного правового акта приводит нас к иным выводам.

Так, п.4 приказа начинается со словосочетания «при организации и осуществлении надзора за оперативно-розыскной деятельностью...». На наш взгляд, функции надзора за оперативно-розыскной деятельностью (далее – ОРД) и надзора за исполнением ФЗ об ОРД (как это указано в ФЗ о прокуратуре и наименовании приказа) существенно отличаются друг от друга. Надзор за ОРД предполагает осуществление этой функции по отношению к любым направлениям указанной деятельности (например, организации, тактике, методам, средствам и т.п.). Даже такое выборочное перечисление элементов ОРД позволяет оценить формулировку, предложенную в приказе, как некорректную и неоправданно расширяющую полномочия прокуратуры в рассматриваемой области надзора.³

Завершается анализируемый абзац фразой «...обеспечить законность при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в том числе тех, на проведение которых разрешение дано судом, принятии должностными лицами решений...». Для определения уровня соответствия данной части предписания законодательно очерченным функциям прокуратуры необходимо сначала уточнить формулировку ключевого в этой фразе термина – «законность».

Согласно одному из самых распространенных (но от этого не менее авторитетных) толковых словарей законность – 1) соответствие закону; 2) соблюдение законов; 3) положение, при котором жизнь общества охраняется законами.⁴ Таким

образом, в данном словаре законность является аналогом соблюдения законов.

В другом авторитетном справочнике законность определяется как один из основных устоев российского общества и государства, суть которого состоит в требовании неуклонной реализации законов и основанных на них подзаконных актов всеми участниками общественных отношений, выражающихся в соответствии их деятельности нормам права.⁵ В рассматриваемом издании кроме законодательных упоминаются и подзаконные акты, которые, однако, должны быть основаны на законе. Из этого вытекают следующие основные для нашего исследования условия: 1) понятие законности шире, нежели понятие исполнения законов; 2) подзаконные акты (их предписания) могут действовать, если они не противоречат закону и не выходят за его рамки.

Из сказанного следует, что нормодатель при подготовке анализируемого приказа вместо термина «законность» должен был использовать словосочетание «исполнение ФЗ об ОРД», а при формулировании подзаконных норм не мог допускать, чтобы они противоречили положениям ФЗ о прокуратуре или выходили за его пределы.

Однако простое сопоставление предписаний упомянутых нормативных актов свидетельствует об обратном.

В частности, в последнем абзаце ч.2 ст.21 ФЗ о прокуратуре содержится предписание, согласно которому «проверки исполнения законов проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором».

В п.5 приказа предписывается «проверки исполнения Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности” проводить:

- а) по обращениям граждан, юридических и должностных лиц;
- б) по результатам изучения материалов уголовных дел о нераскрытых преступлениях или при поступлении инфор-



мации о ненадлежащем реагировании на поручение следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определение суда по уголовным делам, находящимся в их производстве, а также в связи с ненадлежащим исполнением требований и поручений уполномоченного прокурора;

в) в плановом порядке, в том числе по указанию вышестоящего прокурора;

г) в других случаях, с учетом состояния законности в этой сфере деятельности и отсутствия положительных результатов по выявлению подготавливаемых, совершаемых или совершенных преступлений, при раскрытии преступлений, розыске обвиняемых или подозреваемых по уголовным делам и лиц, без вести пропавших».

И если предписание пп.«а» у нас не вызывает никаких возражений, поскольку соответствует указанному выше положению ФЗ о прокуратуре, то все остальные случаи проведения проверки нуждаются в кратких характеристиках.

Так, пп.«б» требует проведения прокурорской проверки исполнения ФЗ об ОРД по результатам изучения материалов уголовных дел о нераскрытых преступлениях..., а также в связи с ненадлежащим исполнением требований и поручений уполномоченного прокурора.

Что касается результатов изучения материалов уголовных дел о нераскрытых преступлениях, то непосредственно в них вряд ли можно найти какие-либо данные о нарушениях закона со стороны должностных лиц, осуществляющих ОРД. Единственно, что там можно обнаружить, так это результаты проведения ОРМ, «встроенные» в процесс доказывания по уголовному делу. Однако в случае выявления недостатков в части оценки фактических данных и их преобразования в доказательства претензии следует предъявлять расследующему уголовное дело лицу, а не сотрудникам оперативного подразделения.

Проведение прокурорской проверки в связи с ненадлежащим исполнением

требований и поручений уполномоченного прокурора представляется нам предписанием, противоречащим последним изменениям в ст.7 ФЗ об ОРД и ст.37 УПК РФ. В настоящее время прокурор лишен полномочия, связанного с дачей указаний как в области ОРД, так и по уголовным делам. Что касается применяемого во многих актах прокурорского реагирования положения ч.4 ст.21 УПК РФ⁶, объясняющего право прокурора давать указания о проведении ОРМ, то согласно ему «требования, поручения и запросы прокурора, руководителя следственного органа, следователя, органа дознания и дознавателя, предъявленные в пределах их полномочий, установленные настоящим Кодексом, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами». Представляется очевидным, что данная норма ориентируется (в рассматриваемом нами контексте) на положения ст.37 УПК РФ, в которой отсутствует право прокурора давать какие-либо указания органам, осуществляющим ОРД.

Подпункт «в» устанавливает необходимость проведения проверок исполнения ФЗ об ОРД в плановом порядке, в том числе по указанию вышестоящего прокурора.

Плановый⁷ порядок подразумевает проведение проверок в соответствии с имеющимся планом, что прямо противоречит ч.2 ст.21 ФЗ о прокуратуре, где содержится предписание, согласно которому «проверки исполнения законов проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором». Что касается указания вышестоящего прокурора, то и в этом случае в качестве основания такой проверки должна выступать поступившая в органы прокуратуры информация о нарушении закона.

Подпункт «г» устанавливает необходимость проведения прокурорских проверок исполнения ФЗ об ОРД в других



случаях, с учетом состояния законности в этой сфере деятельности и отсутствия положительных результатов по выявлению подготавливаемых, совершаемых или совершенных преступлений, при раскрытии преступлений, розыске обвиняемых или подозреваемых по уголовным делам и лиц, без вести пропавших.

В нормативном акте используется неопределенное словосочетание «другие случаи», что, во-первых, не конкретизирует такие случаи, во-вторых, подразумевает возможность проведения прокурорских проверок в любой ситуации, не подпадающей под предшествующие пункты рассматриваемой нормы. Примененное в формулировке условие «с учетом состояния законности... и отсутствия положительных результатов» является, с одной стороны, настолько оценочным и субъективным, что его можно применить к любой оперативной ситуации. С другой стороны, определение наличия или отсутствия положительных результатов в борьбе с преступностью может происходить с использованием таких критериев и параметров, что эти результаты в зависимости от основанного на «палочной» системе оценки прокурорского надзора желания проверяющей стороны могут быть исключительно отрицательными.

В п.6 рассматриваемого нормативного правового акта содержится предписание, согласно которому уполномоченным прокурорам при осуществлении надзорных мероприятий необходимо также проверять:

а) законность, обоснованность и соблюдение установленного порядка заведения и прекращения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов, сроков и порядка их ведения;

б) законность и обоснованность решений о проведении или прекращении оперативно-розыскных мероприятий, соблюдение установленных условий и порядка их проведения, а также использования результатов оперативно-розыскной деятельности;

в) соблюдение обязательности регистрации дел оперативного учета и других оперативно-служебных материалов, законность постановления и снятия с оперативного и иных видов учета лиц, в отношении которых заводились такие дела и материалы;

г) соответствие оперативно-розыскных мероприятий целям и задачам оперативно-розыскной деятельности, а также соблюдение недопустимости применения информационных систем и технических средств, наносящих ущерб жизни и здоровью людей и причиняющих вред окружающей среде;

д) наличие полномочий у лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также принимающих решения о заведении, продлении сроков и прекращении ведения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов, проведении оперативно-розыскных мероприятий, представлении результатов оперативно-розыскной деятельности следователю, руководителю следственного органа, органу дознания или в суд;

е) соблюдение определенного Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» перечня оперативно-розыскных мероприятий;

ж) наличие оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, в том числе тех, разрешения на которые даны судом;

з) своевременность уведомления судей органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, о проведении без разрешения судьи в случаях, не терпящих отлагательства и могущих 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 государства, оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и



иных сообщений, в том числе передаваемых по сетям электронной, электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища; наличие оснований для проведения таких оперативно-розыскных мероприятий в экстренном режиме.

В пп.«а» кроме прочего фиксируется необходимость проверки соблюдения установленного порядка заведения и прекращения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов, сроков и порядка их ведения.

Во-первых, проверку указанных позиций нельзя идентифицировать с проверкой соблюдения законов органами, осуществляющими ОРД, поскольку порядок заведения и прекращения дел оперативного учета, иных оперативно-служебных материалов, сроки и порядок их ведения закреплены в ведомственных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД. Во-вторых, на наш взгляд, несистематические несоблюдения указанных сроков и порядка не содержат в себе признаков серьезного нарушения, требующего наказания виновного, поскольку, с одной стороны, они в соответствии с ч.3 ст.10 ФЗ об ОРД не ограничивают конституционных прав и свобод граждан, с другой – не оказывают решающего негативного воздействия на процесс борьбы с преступностью.

В соответствии с пп.«б» фиксируется необходимость прокурорских проверок законности и обоснованности решений о проведении или прекращении оперативно-розыскных мероприятий, соблюдения установленных условий и порядка их проведения, а также использования результатов оперативно-розыскной деятельности. Здесь следует обратить внимание на то, что процедуры проведения ОРМ вообще отсутствуют в ФЗ об ОРД, лишь в общих чертах сформулированы в подзаконных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД, а поэтому зачастую невозможно с уверенностью сказать, нарушена ли процедура проведения мероприятия. На наш взгляд,

окончательное решение о правильности проведения ОРМ (если его результаты встраиваются в процесс доказывания по уголовному делу) должен принимать суд.

Согласно пп.«в» прокурорам необходимо проверять соблюдение обязательности регистрации дел оперативного учета и других оперативно-служебных материалов, законность постановки и снятия с оперативного и иных видов учета лиц, в отношении которых заводились такие дела и материалы. Что касается соблюдения обязательности регистрации дел оперативного учета и иных оперативных материалов, то нам представляется непонятным, какое отношение это имеет к исполнению законов органами, осуществляющими ОРД, тем более ФЗ об ОРД, так как ни в одном из них такие предписания не зафиксированы. С другой стороны, несвоевременность регистрации таких дел и материалов вряд ли может повлечь серьезные негативные последствия в области борьбы с преступностью.

Относительно законности постановки и снятия с оперативного и иных видов учета лиц, в отношении которых заводились такие дела и материалы, мы полагаем, что установить, законны или незаконны такие действия невозможно в связи с отсутствием соответствующих нормативных положений в законодательных актах. С другой стороны, постановка или не постановка указанных лиц на учет никоим образом не ограничивает их права и свободы, а поэтому вряд ли может являться предметом прокурорских проверок.

Согласно пп.«г» прокурорам необходимо проверять соответствие оперативно-розыскных мероприятий целям и задачам оперативно-розыскной деятельности, а также соблюдение недопустимости применения информационных систем и технических средств, наносящих ущерб жизни и здоровью людей и причиняющих вред окружающей среде. По нашему мнению, первая часть нормативного предписания прямо покушается на пра-



во органов, осуществляющих ОРД, самостоятельно определять тактику ОРМ и явно выходит за пределы предмета прокурорского надзора. Вторая часть предписания – дублиаж нормы, сформулированной в ч.3 ст.6 ФЗ об ОРД. При осуществлении прокурорского надзора за исполнением ФЗ об ОРД уполномоченные прокуроры, на наш взгляд, настолько хорошо должны знать нормы указанного закона, что помещение выдержек из него в подзаконный акт представляется контрпродуктивным.

Что касается содержания иных подпунктов рассматриваемого пункта, то в целом они встраиваются в рамки надзорных полномочий органов прокуратуры.

В соответствии с пп.«в» п.9 уполномоченный прокурор обязан *предъявлять письменные требования и давать поручения по делам оперативного учета и иным оперативно-служебным материалам об устранении нарушений закона*. С подобной позицией можно было бы согласиться, если бы практика осуществления прокурорского надзора не свидетельствовала о том, что под нарушениями закона подавляющая часть надзирающих прокуроров, как правило, подразумевают невыполнение или несвоевременное выполнение предусмотренного планом мероприятия (мероприятий). Возможно, что в некоторых случаях такие действия действительно приносят определенный вред делу борьбы с преступностью (хотя и не являются нарушениями закона), однако в иной ситуации проведение запланированного когда-то мероприятия представляется сотруднику оперативного подразделения нецелесообразным в связи с изменившейся обстановкой или тем, что прогнозируемый результат данного мероприятия был достигнут использованием иных ОРМ или методов ОРД. Однако для надзирающих прокуроров данные факты являются безусловным «нарушением закона», которое необходимо устранить, а провинившихся – привлечь к установленной законом ответственности.

Интересным с точки зрения анализа представляется пп.«ж», в соответствии с которым уполномоченные прокуроры обязаны решать вопрос о внесении представлений об устранении нарушений закона, допущенных сотрудниками и должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, *в которых требовать их отстранения от дальнейшего участия в проведении оперативно-розыскных мероприятий по конкретным делам оперативного учета и иным оперативно-служебным материалам, а также требовать прекращения проведения оперативно-розыскных мероприятий, ведения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов*.

Наш интерес вызван указанием на необходимость содержания в представлениях двух обязательных требований:

– отстранения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, от дальнейшего участия в проведении оперативно-розыскных мероприятий по конкретным делам оперативного учета и иным оперативно-служебным материалам;

– прекращения проведения оперативно-розыскных мероприятий, ведения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов.

Рассуждая по поводу первого требования, отметим, что вряд ли всякое нарушение подзаконных актов (а не закона) должно влечь за собой отстранение должностного лица от дальнейшего участия в проведении ОРМ по конкретным делам или материалам. При таком подходе сегодня с помощью прокурорской проверки можно отстранить от работы по делу любого (подчеркиваем – любого) сотрудника. В связи с этим возникает весьма важный вопрос: как быть, например, сотрудникам оперативных подразделений сельских органов внутренних дел, иногда насчитывающих в своем составе от 4 до 6 таких должностных лиц? «Сплошная» проверка оперативных материалов и дел оперативного учета при нынешнем подходе прокурорских работников к определению состава наруше-



ния закона способна полностью парализовать оперативную работу на обслуживаемой территории.

Что касается требования о прекращении проведения оперативно-розыскных мероприятий, ведения дел оперативного учета и иных оперативно-служебных материалов, то, с одной стороны, в законе и ведомственных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД, отсутствует указанное основание для прекращения оперативного производства, с другой – такое полномочие «заинтересованного» прокурора создает предпосылки для прекращения, например, производства по делам оперативного учета, связанным с коррупционной деятельностью высших должностных лиц субъекта Федерации и муниципалитета, с организованной преступностью и т.п. И что можно противопоставить указанному лицу, если его «интерес» способен оценить только вышестоящий прокурор?⁸

Общий анализ приказа Генерального прокурора РФ «Об организации прокурорского надзора за исполнением Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”» приводит к следующему выводу: содержание подзаконного акта по многим параметрам либо противоречит нормам ФЗ о прокуратуре, либо неоправданно расширяет содержащиеся в нем предписания, касающиеся полномочий прокурора по осуществлению надзорной деятельности.

Согласно ст.29 «Предмет надзора» главы 3 «Надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие» ФЗ о прокуратуре применительно к оперативно-розыскной деятельности «предметом надзора является в том числе... «соблюдение установленного... порядка выполнения оперативно-розыскных мероприятий..., а также законность решений, принимаемых органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность...».

Анализ отмеченной фразы и нормативных правовых актов в области опе-

ративно-розыскной деятельности приводит к следующим выводам:

– процедуры выполнения оперативно-розыскных мероприятий не регламентированы в ФЗ об ОРД и только частично упомянуты в ведомственных нормативных правовых актах, что не позволяет оценить их соответствие «установленному порядку»;

– значительная доля отмеченных в изученных нами представлениях и протестах недочетов связана с определением мер в области организации и тактики проведения оперативно-розыскных мероприятий, выходящих за предмет прокурорского надзора;

– подавляющая часть решений органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, принимается в соответствии не с законодательными положениями (поскольку они отсутствуют), а с нормами ведомственных нормативных правовых актов органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, что не позволяет рассматривать вопрос о соответствии (или не соответствии) этих решений законодательству.

Более того, в соответствии с ч.1 ст.30 ФЗ о прокуратуре «полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, ... устанавливаются другими федеральными законами».

Данная бланкетная норма:

– позволяет судить об отсутствии в ФЗ о прокуратуре регламентации полномочий прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность;

– отсылает правоприменителя к ФЗ об ОРД, где в ст.21 отсутствует перечень таких полномочий, а в ч.2 лишь отмечается, какие документы должны быть представлены прокурору при осуществлении им надзорной деятельности;

– не позволяет относить перечисленные в приказе Генерального прокурора от 21 декабря 2007 г. №207 «Об организации прокурорского надзора за исполнением федерального закона “Об опе-



ративно-розыскной деятельности»» полномочия к легитимным.

Таким образом, в процессе исследования ведомственной корректировки предписаний ФЗ о прокуратуре можно сделать следующий вывод: еще раз нашла подтверждение мысль о том, что законность представляет собой соблюдение положений законов и основанных на них подзаконных актов всеми участниками правоотношений. Положение же, при котором одни участники этого процесса должны неуклонно соблюдать указанные нормы, а другие – могут расширять и по-своему толковать закон, представляется неприемлемым, напоминает грустную историю И.С.Тургенева про Муму и соответствует содержанию использованного нами эпитафия.

1 В соответствии с п.1 указания Генеральной прокуратуры РФ и МВД РФ от 29 сентября 2008 г. №№ 215/69, 1/7818 «О порядке предоставления органами внутренних дел оперативно-служебных документов с целью осуществления прокурорами надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»» «при проведении проверок соблюдения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» уполномоченным прокурорам обращать особое внимание на обеспечение гарантий соблюдения прав и свобод человека и гражданина..., выполнение задач оперативно-розыскной деятельности...».

2 Согласно ч.5 ст.129 Конституции Российской Федерации полномочия, организация и по-

рядок деятельности прокуратуры Российской Федерации определяются федеральным законом.

3 Следует «учитывать, что вопросы, касающиеся организации, тактики, методов и средств осуществления оперативно-розыскной деятельности в предмет прокурорского надзора не входят...». См. п.1 указания Генеральной прокуратуры РФ и МВД РФ от 29 сентября 2008 г. №№ 215/69, 1/7818 «О порядке предоставления органами внутренних дел оперативно-служебных документов с целью осуществления прокурорами надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»».

4 См. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений / Российская АН; Российский фонд культуры. 3-е изд., стереотипное. М.: АЗЪ, 1996. С.203.

5 Российская криминологическая энциклопедия / под общ. ред. А.И.Долговой. М.: Издательство НОРМА, 2000. С.198.

6 В ред. Федерального закона от 2 декабря 2008 г. №226-ФЗ.

7 План – заранее намеченная система деятельности, предусматривающая порядок, последовательность и сроки выполнения работ. См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С.511.

8 Согласно ч.1 ст.42 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» «любая проверка сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором или следователем, возбуждение против них уголовного дела (за исключением случаев, когда прокурор или следователь застигнут при совершении преступления), производство расследования являются исключительной компетенцией органов прокуратуры».