



Использование изъятых средств связи в оперативной игре

Н. С. Железняк, Сибирский юридический институт МВД России (г. Красноярск). E-mail: zhns21@mail.ru

Оперативно-розыскная деятельность представляет собой одно из основных средств государственного противодействия преступности в России. Несмотря на значимость уголовного судопроизводства, практика свидетельствует, что подавляющее большинство оперативно значимой информации о подготовке или совершении преступления поступает в правоохранительные органы посредством проведения оперативными подразделениями тех или иных мероприятий. В Федеральном законе «Об оперативно-розыскной деятельности» перечислено 15 оперативно-розыскных мероприятий, позволяющих добывать и реализовывать информацию, документировать преступные действия проверяемых и разрабатываемых лиц. Однако оперативная практика, многочисленные публикации, мнения ведущих ученых в области оперативно-розыскной деятельности убедительно подтверждают, что в условиях изменяющейся и все прогрессирующей в плане профессионализма преступности компетентным государственным органам необходимо применять адекватные способы обнаружения, документирования и локализации криминальной деятельности. Их использование, на взгляд непросвещенных, сродни вторжению в конституционные права граждан. Так ли это на самом деле, решает Конституционный Суд РФ. Практика принятия им решений по вопросам оперативно-розыскной деятельности насчитывает около 250 актов, в большинстве которых жалобы на якобы незаконные действия оперативных подразделений признаны несостоятельными. В настоящей работе рассматривается ситуация, связанная с использованием в ходе оперативно-розыскной деятельности технических средств мобильной связи, изъятых у подозреваемого в совершении преступления, оцениваются принятые по этому поводу судебные решения, высказываются аргументы в их пользу.

Ключевые слова: электронные средства коммуникации; использование; оперативно-розыскная деятельность; оперативно-розыскное мероприятие; оперативная игра; судебное решение.

Using the Recovered Means of Connection in an Operative Game

N. S. Zheleznyak, the Siberian Law Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs (Krasnoyarsk). E-mail: zhns21@mail.ru

Crime detection is one of the primary government means of counteracting crimes in Russia. Despite the importance of criminal proceedings, the practice proves that the major part of criminal intelligence about preparation or commission of a crime is obtained by the law enforcement agencies via certain avenues arranged by special operative divisions. The Federal Law "On Crime Detection" lists 15 operative crime detection measures to obtain and employ the information, document the criminal actions of persons under detection. However, operative detective work, numerous publications, views of the leading scholars in the crime detection fields prove that in conditions of the changing and progressing criminality the corresponding authorities should apply adequate means of detection, documenting and location of criminal activity. According to the laymen, their usage can be compared with interference of citizen's constitutional rights. Whether it is really so or not is the question for the Constitutional Court of the Russian Federation. Among the decisions made by the Constitutional Court of the Russian Federation on the operative crime detection work there are 250 Acts, the major part of the complaints about alleged actions of the operative divisions found invalid. The paper focuses on the situation related to the use in operative crime detection activity of mobile technical means seized from the criminal suspect, and in this regard the author estimates the court decisions and gives arguments for their approval.

Keywords: electronic means of communication; usage; operative crime detection work; operative crime detection measure; operative game; court decision.

25 октября 2018 г. Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ) отказал в принятии к рассмотрению жалобы осужденного за совершение преступления А. В. Ярошенко¹, поскольку в соответствии с требованиями Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»² (далее — ФКЗ № 1) она признается недопустимой.

Несмотря на то что данное решение, согласно ст. 6 ФКЗ № 1, обязательно «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», неоднозначность разрешаемой в нем ситуации нуждается в осмыслении и некоторых комментариях.

В своей жалобе в КС РФ А. В. Ярошенко, осужденный за совершение преступлений, просит признать не соответствующей ст. 2, ч. 2 ст. 15, ст. ст. 17, 18, 23, 45, 46, 49 и ч. 2 ст. 50 Конституции РФ статью 8 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»³ (далее — Закон об ОРД) 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 (далее — ОРМ) путем ведения электронной переписки через мобильные телефоны граждан, не имея на то судебного решения или согласия владельца и ограничивая тем самым право на тайну переписки, а суду — использовать полученные результаты в качестве доказательств по уголовному делу.

Как следует из жалобы и приложенных к ней документов, при рассмотрении уголовного дела заявителя суды первой и апелляционной инстанций отказали в удовлетворении требований стороны защиты о признании недопустимыми доказательствами результатов *оперативного внедрения* с использованием изъятого у заявителя и принадлежащего ему мобильного телефона, мотивировав такой отказ отсутствием необходимости получения судебного решения на проведение данного ОРМ.

Таким образом, все судебные инстанции в ходе рассмотрения материалов пришли к одинаковым

выводам: суды общей юрисдикции — об отсутствии в действиях сотрудников оперативного подразделения, осуществлявших, видимо, оперативную разработку указанного лица, нарушений закона; КС РФ — о том, что ст. 8 Закона об ОРД не может расцениваться как нарушающая конституционные права заявителя.

Для того чтобы прояснить ситуацию, следует ответить на три вопроса: 1) можно ли использовать изъятое имущество для решения задач ОРД; 2) какое ОРМ с использованием изъятого имущества проводили сотрудники оперативного подразделения; 3) не нарушали ли их действия конституционных прав заявителя.

Первый вопрос представляется наиболее проблемным. С одной стороны, в п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД зафиксировано право органов, осуществляющих ОРД, производить при проведении ОРМ изъятие документов, предметов, материалов и сообщений. Это означает, что изъятие у заявителя мобильного телефона (при наличии соответствующих оснований) является правомерным.

В части 3 ст. 6 Закона об ОРД отмечается: «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».

В ряде статей Федерального закона «О полиции»⁴ (далее — Закон о полиции) также содержатся предписания, позволяющие достойно выйти из этого не совсем понятного положения. Так, в части 3 ст. 11 «Использование достижений науки и техники, современных технологий и информационных систем» формулируется следующее: «Полиция использует технические средства, включая средства аудио-, фото- и видеофиксации, при документировании обстоятельств совершения преступлений, административных правонарушений, обстоятельств происшествий, в том числе в общественных местах, а также для фиксирования действий сотрудников полиции, выполняющих возложенные на них обязанности».

В пункте 25 ст. 13 «Права полиции» ей предлагается «использовать для обнаружения и изъятия незаконно вносимых (выносимых), ввозимых (вы-

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ярошенко Александра Викторовича на нарушение его конституционных прав статьей 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 октября 2018 г. № 2792-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² О Конституционном Суде Российской Федерации: федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Об оперативно-розыскной деятельности: федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ О полиции: федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

возимых) имущества, вещей, предметов и для фиксации противоправных действий технические средства, не причиняющие вреда жизни и здоровью граждан, а также окружающей среде», а в п. 33 этой же статьи — «использовать в деятельности информационные системы, видео- и аудиотехнику, кино- и фотоаппаратуру, а также другие технические и специальные средства, не причиняющие вреда жизни и здоровью граждан, а также окружающей среде».

Таким образом, ни в Законе об ОРД, ни в Законе о полиции не существует запрета на использование в противодействии преступности изъятых у граждан имущества, что, по-видимому, характеризует рассматриваемую нами ситуацию как правомерную.

Вопрос о наименовании проведенного сотрудниками оперативного подразделения ОРМ с использованием изъятых имущества, несмотря на отсутствие в определении КС РФ достаточных данных, имеет три варианта решения.

Во-первых, рассматриваемые действия могут образовывать такое ОРМ, как оперативное внедрение (именно так описано это ОРМ в анализируемом решении КС РФ), т. е. непосредственное (или опосредованное) проникновение в преступную группу или установление соответствующих отношений с конкретным лицом для завоевания доверия и решения частных задач ОРД [1, с. 56].

С. И. Давыдов и А. Е. Чечётин полагают, что «оперативное внедрение — это оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в приобретении оперативно-розыскным подразделением негласного источника информации внутри или в окружении объекта оперативного интереса» [2, с. 78]. Несколько сужают поле деятельности в рамках проведения рассматриваемого мероприятия авторы, которые оперативное внедрение определяют лишь как «ОРМ, заключающееся в проникновении в преступную среду сотрудника оперативного подразделения или лица, оказывающего содействие либо сотрудничающего с органами внутренних дел на конфиденциальной основе, для решения задач ОРД» [3, с. 42].

Во-вторых, действия сотрудников оперативного подразделения по внешним признакам соответствуют содержанию оперативного эксперимента, т. е. создания контролируемых органом, осуществляющим ОРД, условий, в которых проверяемое (разрабатываемое) лицо поведет себя определенным образом: либо попытается совершить противоправные действия, либо откажется от их исполнения [3].

Близкой к авторской позиции придерживаются и некоторые другие специалисты. Так, С. И. Давыдов и А. Е. Чечётин представляют его как «ОРМ, основанное на моделировании оперативно-розыскной ситуации, позволяющей опытным путем обнару-

жить противоправные действия как находящиеся под контролем, так и неизвестных лиц для документирования и пресечения их преступной деятельности. Его содержание включает в себя действия по реконструкции обстановки, которая обычно используется правонарушителями, установлению наблюдения за местом проведения эксперимента и задержанию с поличным лиц, проявивших свои противоправные намерения» [2, с. 84]. В учебном пособии под редакцией С. Д. Назарова рассматриваемая категория определяется несколько иначе: как «ОРМ, заключающееся в создании под контролем оперативного подразделения обстановки, максимально приближенной к реальности, вызывающей определенное событие либо воспроизведение событий в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений только средней тяжести, тяжких или особо тяжких, а также лиц, к ним причастных» [3, с. 41].

В-третьих, это могут быть действия, пока не описанные в законодательстве и теории ОРД, называемые условно «оперативная игра».

На некоторых интернет-сайтах, в научных и околонаучных источниках оперативная игра описывается советскими органами государственной безопасности как система операций и мероприятий, в ходе которых орган государственной безопасности от имени и при участии двойного агента систематически направляет противнику различного рода дезинформационные сведения и отчеты агента с легендированными данными о его деятельности. В результате оперативной игры действия противника оказывались под контролем органов государственной безопасности и с помощью агента направлялись в выгодном им направлении. Оперативные игры, в которых использовались полученные двойным агентом от противника радиосредства, назывались радиоиграми [4, с. 206].

С учетом этого пояснения и анализа похожих определений попытаемся вывести собственную формулировку оперативной игры. На наш взгляд, оперативная игра представляет собой совокупность действий организационного, тактического и технического характера, направленных оперативным подразделением на осуществление непосредственных или опосредованных контактов с подозреваемыми в подготовке или совершении преступления контролируемыми лицами для введения их в заблуждение в целях решения частных задач оперативно-розыскной деятельности.

Именно такие действия оперативных сотрудников послужили побудительным мотивом для обращения А. В. Ярошенко в суд о признании незаконными результатов ОРД и использования их в процессе доказывания.

И наконец, ответ на третий вопрос о том, не нарушали ли действия сотрудников оперативного подразделения конституционных прав заявителя.

Поскольку речь в жалобе А. В. Ярошенко идет о несоответствии отдельных положений ст. 8 Закона об ОРД ряду предписаний Конституции РФ, следует сначала оценить их смысл и влияние на разрешение упомянутой в определении суда ситуации.

В частности, заявитель указывает на имеющееся противоречие между ст. 8 Закона об ОРД и ст. 2 Конституции РФ, согласно которой «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Однако если мы посмотрим на предписания чч. 2–6 ст. 8 Закона об ОРД, то в них выстроена своеобразная система санкционирования ограничения конституционных прав граждан при проведении отдельных ОРМ. Таким образом, в данной статье никоим образом не умаляются права и свободы человека.

Что касается отмеченного в жалобе заявителя противоречия между положениями ст. 8 Закона об ОРД и ч. 2 ст. 15 Конституции РФ, согласно которой «органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы», то исследование ст. 8 Закона об ОРД свидетельствует, что ни одна из представленных в ней норм не пересекается с положением ч. 2 ст. 15 Конституции РФ. Вместе с тем в ч. 1 ст. 4 Закона об ОРД прямо указывается, что «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». Таким образом, и это утверждение заявителя не имеет под собой разумной почвы.

Далее А. В. Ярошенко утверждает, что ст. 8 Закона об ОРД противоречит ст. 17 Конституции РФ, согласно которой: «1. В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией. 2. Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения. 3. Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

Во-первых, как уже отмечалось выше, предписания чч. 2–6 ст. 8 Закона об ОРД представляют собой своеобразную систему санкционирования ограничения конституционных прав граждан при проведении отдельных ОРМ. Что касается реализа-

ции положения, содержащегося в ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, то ему посвящена самая большая по объему статья Закона об ОРД — ст. 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности». И хотя в ней отсутствует упоминание об общепризнанных принципах и нормах международного права, ст. 17 Конституции РФ является непосредственно действующей и не нуждающейся в дублировании в законодательных актах.

Во-вторых, Конституция РФ вслед за современными европейскими конституциями существенно расширила перечень неотчуждаемых прав, отнеся к ним права на жизнь, свободу, охрану достоинства, равенство, свободу совести, вероисповедания, свободу мысли и слова, защиту своих прав. Вместе с тем упомянутые в ч. 2 ст. 8 Закона об ОРД 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 к неотчуждаемым не относятся.

В-третьих, в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ отмечается, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. С одной стороны, это положение не только не противоречит, но и не пересекается с предписаниями ст. 8 Закона об ОРД, с другой — осуждение А. В. Ярошенко позволяет судить, что с большой степенью вероятности (хотя мы и не знакомимся с материалами уголовного дела) именно им было нарушено данное установление.

А. В. Ярошенко в своей жалобе отмечает противоречия между положениями ст. 8 Закона об ОРД и ст. 18 Конституции РФ, согласно которой «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». В данном случае именно в ст. 8, а затем и ст. 9 Закона об ОРД показаны возможности правосудия по обеспечению соблюдения прав и свобод человека и гражданина, поэтому упоминание о противоречии их норм положениям ст. 18 Конституции РФ представляется необъективным.

Заявитель указывает на противоречие между нормами ст. 8 Закона об ОРД и положением ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, согласно которой «каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени». Аргументами несоответствия такого вывода А. В. Ярошенко реальному положению дел может быть следующее: во-первых, в ст. 8 Закона об ОРД не существует предписаний, так или иначе сопрягаю-

щихся с содержанием ч. 1 ст. 23 Конституции РФ; во-вторых, почти дословная формулировка содержится в ч. 8 ст. 5 Закона об ОРД, в соответствии с которой «органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, 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».

Что касается ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, согласно которой «каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения», то именно в чч. 2–6 ст. 8 Закона об ОРД представлены условия получения такого решения или исключения из него.

Кроме того, в ч. 1 ст. 5 Закона об ОРД содержится предписание, согласно которому «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», в ч. 9 — «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», и наконец, в ч. 10 — «нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации». Таким образом, и в этом случае противоречия между нормами Конституции РФ и Закона об ОРД отсутствуют.

Согласно ст. 45 Конституции РФ «1. Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется. 2. Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». Механизм защиты прав граждан в ОРД сформулирован в ст. 5 этого закона, следовательно, данные положения

Конституции РФ ни в коем случае не противоречат предписаниям ст. 8 Закона об ОРД, как и духу всего закона.

В соответствии со ст. 46 Конституции РФ: «1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. 2. Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. 3. Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». Два первых положения рассматриваемой статьи конкретизируются в чч. 3–7, 9 ст. 5, чч. 2, 3, 6 ст. 8 Закона об ОРД, а в ст. 9 прописан механизм судебной защиты. Что касается третьего положения, то он в Законе об ОРД отсутствует, что не минимизирует возможности граждан при необходимости обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека и гражданина.

Согласно ч. 2 ст. 50 Конституции РФ «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона».

В соответствии с ч. 1 ст. 74 УПК РФ «доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Следовательно, доказательства формируются в рамках уголовного судопроизводства.

КС РФ в своих решениях неоднократно отмечал, что результаты оперативно-розыскных мероприятий (на использование которых судом ссылается заявитель) являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Закона об ОРД, 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 ст. ст. 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации (определения от 4 февраля 1999 г. № 18-О, от 25 ноября 2010 г. № 1487-О-О, от 25 января 2012 г. № 167-О-О и др.)⁵.

⁵ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ракова Евгения Николаевича на нарушение его конституционных прав частями третьей и пятой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», частью третьей статьи 56 и частью второй статьи 79 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1738-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В исследуемом нами решении КС РФ в определении от 25 октября 2018 г. № 2792-О⁶ разъяснил следующее: «Использование абонентских устройств, изъятых в установленном законом порядке в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий, при проведении предусмотренных Федеральным законом „Об оперативно-розыскной деятельности“ оперативно-розыскных мероприятий, для передачи и получения информации в целях решения задач оперативно-розыскной деятельности (статьи 2 и 6) не нарушает тайну переписки и телефонных переговоров и не требует в этой связи вынесения судебного решения. Не является такое использование абонентского устройства для достижения целей и решения задач оперативно-розыскной деятельности и вторжением в частную жизнь, включающую ту область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства,

если она носит не противоправный характер (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 9 июня 2005 г. № 248-О, от 26 января 2010 г. № 158-О-О, от 28 сентября 2017 г. № 2211-О, от 19 декабря 2017 г. № 2881-О и № 2898-О и др.)».

Таким образом, Верховный Суд Российской Федерации не только подтвердил законность использования сотрудниками оперативного подразделения изъятых в установленном порядке в ходе ОРМ средств мобильной связи и иных технических устройств для передачи и получения информации в целях решения задач ОРД, но и указал, что такие действия не нарушают тайны переписки и телефонных переговоров, не являются вторжением в частную жизнь граждан. На наш взгляд, данное решение позволит органам, осуществляющим ОРД, разнообразить приемы борьбы с преступностью, а значит, повысится эффективность правоохранительной деятельности в целом.

Список литературы

1. *Термины* и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь-справочник / под ред. Н. С. Железняка. Красноярск, 2015.
2. *Оперативно-розыскные мероприятия* в деятельности органов внутренних дел : учебное пособие. М., 2009.
3. *Оперативно-розыскная деятельность* органов внутренних дел в схемах и определениях : учебное пособие / под ред. С. Д. Назарова. Волгоград, 2016.
4. *Контрразведывательный словарь*. М., 1972.

⁶ *Об отказе* в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ярошенко Александра Викторовича на нарушение его конституционных прав статьей 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 25 октября 2018 г. № 2792-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».