

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Н.С. ЖЕЛЕЗНЯК,
Заслуженный юрист РФ,
доктор юридических наук, профессор
(Сибирский ЮИ МВД России)

«ОСТРЫЕ УГЛЫ» ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»

Более чем пятнадцатилетний период существования оперативно-розыскного законодательства продемонстрировал правоприменителю благотворность идеи гармонизации соотношения между необходимостью исполнения закона и соблюдения прав человека. Одновременно он высветил значительный ряд прикладных проблем, решение которых, видимо, еще впереди. Прежде чем мы приступим к анализу некоторых из них, следует, на наш взгляд, пояснить словосочетание «острые углы», использованное автором для названия данной работы.

Почему действующий Закон¹ (далее – ФЗ «Об ОРД») можно назвать округлым? Округлость его объясняется наличием в нем не идеальной, но логики, не четких, но взаимосвязей между статьями закона и между содержащимися в них нормами. Но даже в целом при позитивных характеристиках ФЗ «Об ОРД» сотрудники, осуществляющие борьбу с преступностью, практически ежедневно сталкиваются с его несовершенством, «острыми углами», серьезно затрудняющими выполнение служебного долга, препятствующими эффективной реализации правоохранительной функции.

¹ См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

1. Прежде всего, «острым углом» ФЗ «Об ОРД» можно считать заложенную в ст. 1 не очень удачную, на наш взгляд, фразу, согласно которой оперативно-розыскную деятельность (далее – ОРД) осуществляют *оперативные подразделения* уполномоченных государственных органов.

Однако ведомственный нормодатель в ныне действующем нормативном правовом акте конкретизировал данное положение, объяснив правоприменителю, что законодательное предписание не совсем верно и даже совсем не правильно, поскольку оперативно-розыскная деятельность обладает спецификой, позволяющей участвовать в осуществлении этой деятельности и должностным лицам, не являющимся сотрудниками оперативных подразделений.

Согласно п. 1.8 указанного нормативного правового акта в системе МВД России к ОРД и контролю за ее осуществлением допускаются в числе других начальники милиции общественной безопасности. Перечень оперативных подразделений органов (учреждений) внутренних дел, правомочных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, и их полномочий, а также изменения в нем, зафиксированные п. 3.5 Перечня, утвержденного приказом МВД России от 2 сентября 1999 г., наделяют сотрудников подразделений милиции общественной безопасности,

компетенцией которых являются организация раскрытия преступлений и розыск лиц, скрывающихся от органов дознания, без вести пропавших, правом:

осуществлять ОРД в полном объеме в части проведения оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), за исключением негласного обследования жилых помещений; контроля почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений; прослушивания телефонных переговоров; снятия информации с технических каналов связи; оперативного внедрения; контролируемой поставки;

использовать гласное (в том числе на контрактной основе) и конфиденциальное содействие граждан;

вести дела предварительной оперативной проверки, оперативно-поисковые и розыскные дела.

Исследование практики осуществления отдельных ОРМ сотрудниками неоперативных подразделений приводит автора к выводу о необходимости указанной деятельности для защиты охраняемых Конституцией Российской Федерации ценностей от преступных посягательств. Более того, руководители, уполномоченные на осуществление ОРД, также не являются сотрудниками оперативных подразделений, однако активно участвуют в организации и проведении ОРМ. Хотя несоответствие между отмеченными нормами закона и подзаконного нормативного правового акта и оценивается нами как *формальный* недостаток, тем не менее такой не вполне легитимный подход ведомственного нормодателя к решению проблемы представляется *фактически* оправданным.

Вместе с тем, ознакомление с последним вариантом проекта нового нормативного правового акта МВД России по вопросам ОРД убеждает нас в попытке нормодателя исправить формальный недочет, устранив из перечня должностных лиц, имеющих право осуществлять ОРД, всех тех, кто не входит в понятие «оперативное подразделение». Указанная попытка, используя спортивную терминологию, не может быть «засчитана» по следующим основаниям:

во-первых, в отмеченном проекте разрешено осуществлять ОРД не только сотрудникам и руководителям оперативных подразделений (что соответствовало бы букве и духу законодательного предписания), но и руководителям органов, осуществляющих ОРД;

во-вторых, устранение иных должностных лиц перечисленных в законе правоохранительных органов от осуществления (пусть даже в усеченном объеме) ОРД, с одной стороны, резко повышает нагрузку на оперативный состав этих органов, с другой – сокращает возможности самого органа в целом эффективно решать поставленные перед ним задачи.

Это означает, что предлагаемая нормодателем ситуация никоим образом не пойдет на пользу борьбе с преступностью.

Полагаем, что есть более грамотный, мы бы сказали, оптимальный выход из положения: с целью устранения данного «острого угла» было бы целесообразным дополнить формулировку ст. 1 ФЗ «Об ОРД» после словосочетания «оперативные подразделения» фразой «и отдельные должностные лица», перечень которых поместить в подзаконные акты соответствующих субъектов, перечисленных в ст. 13 ФЗ «Об ОРД».

2. Другим «острым углом» выступает совокупность части предписания опять же ст. 1 и формулировки ч. 2 ст. 6 ФЗ «Об ОРД», согласно которым *ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ и приведенный перечень ОРМ может быть изменен или дополнен только законом*.

В специальной литературе уже неоднократно отмечалось то обстоятельство, что ОРД не исчерпывается четырнадцатью перечисленными в ч. 1 ст. 6 ФЗ «Об ОРД» мероприятиями, и предлагались конкретные пути минимизации имеющихся проблем. Напомним только о нескольких из них.

Например, стандартная методика проведения ОРМ под названием «проверочная закупка» предполагает задержание проверяемого лица в момент завершения мнимой сделки купли-продажи запрещенных или ограниченных в обороте предметов, его досмотр с целью обнаружения средств платежа и их изъятия, доставление задержанного в орган, осуществляющий ОРД. Однако под какой правовой режим подпадают данные действия? Поясним нашу позицию.

Задержание лица при осуществлении ОРМ¹: не может регламентироваться КоАП РФ, так как отсутствует факт административного правонарушения;

не регулируется УПК РФ, так как уголовное дело, как правило, не возбуждено и нет процессуальных оснований для такого задержания.

Аналогично можно оценить и иные отмеченные нами действия.

В ФЗ «Об ОРД» также не закреплены возмож-

¹ Например, А.Ю. Шумилов называет это мероприятие захватом, характеризуя его как «одну из выработанных оперативно-розыскной практикой мер пресечения преступления, специальную операцию по задержанию изучаемого лица» и поясняет, что «отдельные специалисты считают задержание самостоятельным ОРМ». (См.: Оперативно-розыскная энциклопедия / Авт.-сост. проф. А.Ю. Шумилов. М., 2004. С. 99).

ности инициации проверки финансово-хозяйственной деятельности предприятий, учреждений, организаций и отдельных лиц, истребования документов и данных, характеризующих деятельность предприятий, учреждений, организаций, а также образ жизни отдельных лиц, подозреваемых в подготовке или совершении преступления, источники и размеры их доходов.

В связи с этим возникает парадоксальная ситуация: оперативные подразделения осуществляют исключительно полезную для общества и государства деятельность, но поскольку она в этой части не регламентирована законом, их действия признать легитимными нельзя.

Везде ли существует такая негативная ситуация? Некоторые из государств решили этот вопрос весьма просто – они включили в перечень ОРМ указанные и иные действия, сделав таким образом их легитимными.

Например, в ст. 10 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» Азербайджанской Республики, кроме традиционных, упомянуты и такие оперативно-розыскные меры, как «проведение досмотра транспортных средств», «вход в здания, в том числе жилые здания, а также другие крытые строения, сооружения и на земельные участки, и проведение досмотра», «выслеживание людей».

В ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» Республики Казахстан, кроме традиционных мероприятий, зафиксированы: «применение служебно-розыскных собак», «поиск и отождествление личности по приметам», «преследование лица, совершающего или совершившего преступление, и его задержание», «осуществление личного досмотра задержанных лиц, осмотра и изъятия находящихся при них вещей и документов, могущих относиться к преступной деятельности, а также досмотра жилых помещений, рабочих и иных мест, досмотра транспортных средств», «проведение операций по захвату вооруженных преступников», «проникновение в жилые и другие помещения, здания, сооружения, на участки местности, в транспортные и иные технические средства и их обследование».

В ст. 8 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» Украины существуют: «проверка финансово-хозяйственной деятельности предприятий, учреждений, организаций и отдельных лиц», «истребование, собирание и изучение документов и данных, характеризующих деятельность предприятий, учреждений, организаций, а также образ жизни отдельных лиц, подозреваемых в подготовке или совершении преступления, источник и размеры их доходов», «проведение операций по захвату вооруженных преступников, пресечению тяжких пре-

ступлений, разведывательно-подрывной деятельности спецслужб иностранных государств, организаций и отдельных лиц», «получение от юридических и физических лиц бесплатно или за вознаграждение информации о готовящихся или совершенных преступлениях и угрозе безопасности общества и государства», «применение средств физического воздействия, специальных средств и оружия по основаниям и в порядке, установленным законами о милиции, Службе национальной безопасности, Пограничных войсках, Управлении охраны высших должностных лиц Украины».

Приведенные нами примеры законодательного регулирования некоторых мероприятий в других государствах позволяют судить о наличии вполне реальной возможности его совершенствования в России.

3. К очередному «острому углу» законодательного регулирования ОРД следует отнести причисление к несанкционированным ОРМ такого мероприятия, как «наведение справок», которое, по нашим данным, является одним из самых распространенных ОРМ и уступает по частоте применения, пожалуй, только опросу. Мероприятие внешне выглядит настолько безобидным, что практически не встречается в определениях Конституционного Суда РФ и редко является предметом научной полемики специалистов в области ОРД. Хотя ОРД, как любой вид правоохранительной деятельности, имеет преимущественно информационный характер, проще говоря, зиждется на оперативно значимой информации. Добывание такой информации и ее использование в определенных законом целях составляют сущность оперативной работы.

В связи с этим возникает закономерный вопрос: откуда должностным лицам оперативных подразделений черпать информацию о криминальных и сопутствующих им событиях, если большая ее часть связана с конкретными лицами, частная жизнь которых (в том числе связи, контакты, замыслы, действия) законодательно ограничена от постороннего проникновения?

Ответ на этот вопрос является не только предметной областью данной работы, но и краеугольным камнем теории и практики ОРД.

Оппоненты могут возразить: мол, законодатель предусмотрел возможность ограничивать право на частную жизнь применением таких ОРМ, как «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (в части неприкосновенности жилища), «контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений», «прослушивание

телефонных переговоров», «снятие информации с технических каналов связи». Однако следует осознавать, что эти мероприятия применяются лишь по ограниченному кругу противоправных деяний, охватываемых преступлениями, по которым производство предварительного следствия обязательно, или при наличии сведений об угрозе национальной безопасности.

Более того, значительная часть оперативно значимых сведений может быть добыта при осуществлении иных ОРМ, не входящих в вышеуказанный перечень, не подлежащих судебному санкционированию, а значит, не претендующих на законное проникновение в противоправные замыслы и действия проверяемых лиц. Речь идет в первую очередь о таких распространенных и эффективных ОРМ, как «опрос» и «наведение справок».

И если при проведении первого мероприятия в отношении лица – объекта оперативного интереса – сохранение личной тайны всецело зависит от воли и желания опрашиваемого, то осуществление опроса иных лиц или наведение справок зачастую ограничивается положениями законодательных актов, регулирующих вопросы обеспечения профессиональной тайны.

К числу профессиональных тайн относятся: адвокатская, банковская, врачебная, нотариального действия, тайна исповеди, коммерческая, журналистская, страхования, тайна предварительного следствия.

Применительно к адвокатской тайне и тайне исповеди полагаем вполне обоснованным наличие законодательного запрета на получение кем бы то ни было составляющих их сведений.

Что касается некоторых из иных отмеченных видов профессиональной тайны (банковская, врачебная и тайна нотариального действия), то нам с точки зрения достижения целей ОРД и правоохранительной деятельности в целом представляется неоправданным определенный в законодательстве режим ознакомления с содержащейся в них информацией, так как в подавляющем большинстве случаев эти сведения могут стать доступными правоохранительным органам лишь после возбуждения уголовного дела.

Для соблюдения баланса интересов между конкретным лицом, являющимся объектом ОРД, и иными лицами, ставшими или могущими стать пострадавшими от преступления, обществу в целом и государству необходимо, на наш взгляд, разработать эффективную и одновременно контролируруемую систему получения таких сведений оперативными подразделениями¹. В связи с этим предлагается внести изменения в действующие

законодательные акты, обеспечивающие получение таких данных по аналогии с позитивно зарекомендовавшей себя схемой судебного санкционирования ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. С этой целью следует распространить процедуру получения судебного решения (ст. 9 ФЗ «Об ОРД») и на такое мероприятие, как «наведение справок», в том случае, если оно будет затрагивать неприкосновенность одной из перечисленных выше тайн.

С одной стороны, это в значительной мере повысит эффективность борьбы с преступностью, с другой – обеспечит судебный контроль правомерности доступа оперативных подразделений к сведениям, составляющим упомянутые профессиональные тайны.

Одновременно следует в ФЗ «Об ОРД» включить самостоятельную статью – «Сбор, хранение и использование информации о частной жизни граждан».

4. Следующим «острым углом» выступает положение ч. 1 ст. 15 ФЗ «Об ОРД», согласно которому при проведении ОРМ органы, осуществляющие ОРД, имеют право *производить изъятие предметов, материалов и сообщений*.

Что касается этого предписания, то следует резюмировать: отмеченное право является безусловным благом для правоохранительной системы. Как показывает практика, такое изъятие позволяет, например, сохранить потенциальные доказательства преступной деятельности, провести их исследование, возместить причиненный материальный ущерб и т.п.

Действительно, предположим, что органы, осуществляющие ОРД, при наличии законных оснований проводят мероприятие «Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» в офисе организации. При этом должностным лицам оперативного подразделения достоверно (или с большой долей вероятности) известно, что искомая информация, свидетельствующая о противоправной деятельности проверяемой организации, находится на флеш-карте, подвешенной на шнурке на шее одного из ее сотрудников (или на диске, хранящемся в его кейсе). Как действовать пред-

¹ Согласно п. 7 определения Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой» «...преступное деяние не является сферой частной жизни человека, 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».

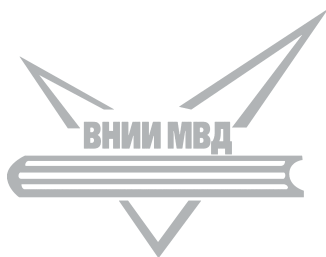
ставителям закона? Считать все находящееся в офисе предметами досмотра и возможного последующего изъятия и тогда с использованием при необходимости физического воздействия или оперативной хитрости забрать искомый объект у обладателя? Но не напоминают ли такие действия закрепленный в УПК РФ обыск (личный обыск), осуществляемый при наличии двух обязательных условий: только по возбужденному уголовному делу и только на основании судебного решения? Требуется ли для такого изъятия наличие двух этих условий или достаточно одного, а может, должен существовать непроцессуальный порядок оперативного изъятия?

В связи с этим полагаем, что законодатель представил рассматриваемую норму незавершенной, так как не предусмотрел, во-первых, определения в законе таких понятий, как «изъятие», «предмет», «материалы», «сообщения», и во-вторых, не регламентировал основания и условия их изъятия (как это он сделал применительно к ОРМ), а также соответствующую проце-

дуру (хотя бы так, как это сделано в отношении получения судебного разрешения на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан).

В противном случае при наличии рассматриваемой ситуации должностное лицо оперативно-подразделения параллельно с проведением обследования офиса должно бы было, на наш взгляд, представить федеральному судье документы, аргументирующие необходимость изъятия конкретного предмета, обладающего признаками частной собственности, и при получении соответствующего решения исполнить постановление суда.

В рамках данной работы мы более подробно охарактеризовали лишь четыре из нескольких десятков ранее рассмотренных нами проблем¹, наглядно продемонстрировав преимущество их легитимного разрешения над попытками отдельных недальновидных руководителей и сотрудников достигнуть поставленной цели с помощью неправовых средств.



¹ См., напр.: Железняк Н.С. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: Монография / Сибирский юридический институт МВД России. 2006.