

Помелов А.А.,

Восточно-Сибирский институт МВД России (г. Иркутск)

К вопросу о необходимости законодательного закрепления понятий оперативно-розыскных мероприятий

Статья 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Закон об ОРД) закрепляет перечень оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), который может быть изменен или дополнен только федеральным законом. Вместе с тем определения понятия ОРМ вообще и каждого его вида, упомянутых в указанном перечне, закон не содержит. Данное обстоятельство подвергается обоснованной критике со стороны специалистов в области теории оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД).

Как отметил Н.С. Железняк, «"Белым пятном", на наш взгляд, во-первых, является отсутствие в содержании статьи (да и вообще закона) понятия «ОРМ». В связи с этим практика деятельности оперативных подразделений и особенно документы, описывающие результаты проведенных ОРМ, зачастую подвергаются ревизии со стороны суда, прокуратуры, адвокатуры, что существенно затрудняет включение добытых оперативно-розыскным путем сведений в процесс доказывания по уголовному делу»¹.

Ученый также отмечает, что отсутствие в законе определения каждого ОРМ существенно затрудняет работу адвокатского корпуса, поскольку его представители не допущены до ознакомления с содержанием ведомственных закрытых нормативно-правовых актов, где и даются определения ОРМ, перечисленные в ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД².

Аналогичной точки зрения придерживается С.И. Захарцев: «Понятие оперативно-розыскного мероприятия имеет важное теоретическое и практическое значение, является одним из ключевых, базовых во всей оперативно-розыскной деятельности. Однако Закон об ОРД его не определяет, что, без сомнения, является серьезным упущением закона. Отсутствие определения лишает научных работников отправной точки, влечет различия в понимании сущности оперативно-розыскного мероприятия у практических работников, что неминуемо вызывает ошибки в работе. Кроме того, отсут-

¹ Железняк Н.С. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : монография. Красноярск : СибЮИ МВД России, 2006. С. 27.

² Там же. С. 28.

ствие базового понятия не могло не сказаться и на качестве научных исследований»¹.

В целом разделяя мнения ученых по указанной проблеме, со своей стороны отметим следующие аспекты.

Дефиниция отражает сущность того или иного явления (объекта), определяет его отличительные признаки. Она формирует основу для осознания соответствующего явления (объекта) в качестве такового; позволяет проводить его идентификацию на мыслительном уровне, ограничивать от смежных категорий.

Отсутствие законодательного определения понятий ОРМ заставляет закреплять их на ведомственном уровне. В результате в каждом из органов, осуществляющих ОРД, формируется свое понятие и понимание того или иного ОРМ. При этом зачастую мероприятия имеют особенности в основаниях, условиях их проведения, порядке подготовки, реализации, оформлении и использовании их результатов, в том числе в уголовном процессе. На ведомственном уровне эти различия, по сравнению с законодательными положениями, только увеличиваются. Формируется свое понимание мероприятий и у сотрудников прокуратуры и суда. В результате создаются негативные условия для практики проведения ОРМ и признания их правомерными. Появляется возможность подмены одного мероприятия другим. Например, проведение оперативного эксперимента, требующего вынесения постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, соблюдения целого ряда ограничений при его реализации, может подменяться наблюдением. Последнее не связано столь жесткими условиями ни на уровне закона, ни на уровне ведомственного нормотворчества. В силу аналогичных причин проведение проверочной закупки может подменяться сбором образцов для сравнительного исследования. В соответствии с ч. 8 ст. 8 Закона об ОРД проведение оперативного эксперимента в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления небольшой тяжести недопустимо. Но его оформление под видом проверочной закупки позволяет избежать этого ограничения.

Возникает неопределенность в вопросе о содержании действий, составляющих основу мероприятия. Так, расширение практики проведения органами, осуществляющими ОРД, гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств актуализировало вопрос о возможности

¹ Захарцев С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: общие положения. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 16.

реализации в его рамках обысковых действий и применении принудительных мер, о возможности гласного ограничения в рамках данного мероприятия конституционных прав и свобод человека и гражданина, в частности, на неприкосновенность жилища¹.

Имеют место различные подходы и к содержанию действий, составляющих проверочную закупку².

Кроме того, обращает на себя внимание еще один аспект проблемы, определяемый особенностями ведомственного нормотворчества. В целом ряде закрытых нормативных актах МВД России закрепляются мероприятия оперативного характера, не предусмотренные напрямую в Законе об ОРД.

Вместе с тем в соответствии со ст. 1 Закона об ОРД оперативно-розыскная деятельность осуществляется посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий. Часть 1 ст. 6 данного закона закрепляет исчерпывающий перечень ОРМ. В соответствии с ч. 2 этой же статьи приведенный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен или дополнен только федеральным законом.

Опираясь на эти положения, некоторые специалисты в отношении как ОРД в целом, так и в отношении ОРМ обращают внимание на формальные аспекты.

Приведенные законодательные формулировки позволяют прийти к выводу, что содержание ОРД сводится исключительно к проведению оперативно-розыскных мероприятий.

Применительно к ОРМ, как отмечает А.Г. Маркушин, «их исчерпывающий перечень дан в специальной законодательной норме (ст. 6 Закона об ОРД), а это означает, что изменение наименований

¹ Напр.: Чечётин А.Е. Современная оперативно-розыскная деятельность и принуждение // Оперативник (сыщик). 2015. № 1; Матюшенко А. Полицию? Не вызывали! // Консультант. 2014. № 15; Соловьев И.Н. Общедоступный регламент проведения ОРМ // Налоговый вестник. 2010; Бакланов Л.А. Соотношение терминов «оперативный осмотр» и «гласное обследование» в оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел // Концепт. 2015. Т. 13. URL: <http://e-koncept.ru/2015/85793.htm>; Поляков М.П., Терехин В.В. Некоторые аспекты нарушения законности при реализации гласного оперативного обследования (как проявление методологической проблемы дифференциации ОРД на гласную и негласную) // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2012. № 17.

² Напр.: Вершицкая Г.В. Использование проверочной закупки для целей розыска и доказывания // Вестник ПАГС. 2013. № 35. С. 67-73; Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о незаконном обороте наркотиков: практическое пособие. Иркутск : ИПКПР ГП РФ, 2004. С. 15–20.

ОРМ, дополнение или исключение из списка возможно только по закону (что иногда и происходит при изменении редакции Закона об ОРД). Из смысла анализируемой сущности законодательного определения ОРД очевидно, что ОРМ – это сердцевина всей деятельности, основной механизм ее осуществления»¹.

Вполне последовательно, но вместе с тем и достаточно формально развивая эти положения, некоторые специалисты рассматривают ошибки в наименовании оперативно-розыскных мероприятий (например, проверочной закупки²), отражаемых в соответствующих оперативно-служебных документах, представляемых для использования в уголовном процессе, в качестве угрозы, предопределяющей возможность признания доказательств, построенных на основе результатов этих ОРМ, недопустимыми.

При этом в теории ОРД распространен расширенный подход к ее содержанию. Помимо проведения ОРМ в ее содержание ученые также включают использование оперативными сотрудниками содействия граждан. Отмечается, что действия оперативных сотрудников по поиску кандидатов в конфиденты, их проверке, установлению с ними контакта и поддержанию конфиденциального сотрудничества составляют достаточно значимую часть содержания ОРД в целом³.

Еще более широкое содержание ОРД предлагает С.И. Захарцев. С его точки зрения, формальная трактовка формулировок Закона об ОРД о содержании данной деятельности не соответствует ее истинному, фактическому состоянию. Более того, по разделяемому нами мнению ученого, такое понимание не соответствует и Закону об ОРД, поскольку он предполагает значительно более широкую структуру деятельности. С точки зрения С.И. Захарцева, оперативно-розыскная деятельность помимо проведения ОРМ включает в себя: 1) привлечение к конфиденциальному содействию лиц; 2) создание предприятий, учреждений, организаций и подразделений; 3) ведение специфической финансовой деятельности; 4) информационное обеспечение и документирование; 5) проведение мероприятий по защите сведений⁴.

¹ Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность : учебник для вузов. М. : Юрайт, 2012. С. 15.

² Напр.: Макарова Е.Н. Особенности проведения и оформления проверочной закупки наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов // Евразийская адвокатура. 2016. № 6(25); Гармаев Ю.П. Указ. соч. С. 28.

³ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / под ред. А.С. Бахты. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ДГСК МВД России, 2014. С. 12.

⁴ Захарцев С.И. Указ. соч. С. 10-11.

С определенной долей условности можно выделить и промежуточную точку зрения на рассматриваемый вопрос. Указывается, что с содержательной стороны ОРД составляет проведение ОРМ, перечень которых строго ограничен законом. Однако ОРД не ограничивается только процедурой их проведения. Она охватывает также проведение организационных мероприятий, применение тактических приемов, действий, осуществление мер обеспечивающего характера, привлечение к участию в ОРД физических и юридических лиц, применение специальных технических средств и химических веществ, которые в конечном итоге способствуют проведению конкретных ОРМ или их совокупности. Важно отметить, что организационные, тактические и обеспечивающие меры носят подчиненный характер по отношению к ОРМ, часто предшествуют им либо являются их следствием, то есть логически, технически, методически из них вытекают¹.

Следует отметить, что специальные технические, оперативно-аналитические, оперативно-поисковые мероприятия (далее – специальные мероприятия), как правило, играют подчиненную роль по отношению к ОРМ, проводимым сотрудниками оперативных подразделений. Во многих случаях можно сказать, что они являются содержательными элементами ОРМ, закрепленных в Законе об ОРД (например, негласная аудиозапись, негласное визуальное наблюдение с документированием, реализуемые в рамках оперативного эксперимента, проверочной закупки). Например, приговором Левокумского районного суда Ставропольского края от 21 октября 2014 г. Арбузов был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ. Вина подсудимого была установлена наряду с другими доказательствами материалами ОРД: актом передачи технических средств, используемых для проведения ОРМ, согласно которому закупщику передано техническое средство аудиовидеозаписи; актом возврата технических средств, используемых для проведения ОРМ, согласно которому закупщик выдал техническое средство аудиовидеозаписи; актом просмотра и прослушивания аудиовидеозаписи, согласно которому была просмотрена и прослушана аудиовидеозапись, проведенная закупщиком при проведении ОРМ проверочная закупка, на записи зафиксирована передача денежных средств, а также передача наркотического средства; актом проведения ОРМ проверочная закупка, согласно которому было прове-

¹ Теория оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М. : ИНФРА-М, 2006. С. 7.

дено ОРМ проверочная закупка в отношении подсудимого, у которого были приобретены закупщиком два полимерных пакета с растительностью серо-зеленого цвета, сбываемые как наркотическое средство – каннабис (марихуана); а также вещественными доказательствами – компакт-диском с содержанием видеозаписи, осуществленной в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия проверочная закупка, где была зафиксирована передача денежных средств закупщиком за наркотическое средство марихуана и передача закупщику самого наркотического средства. Вместе с тем в ряде случаев подобные мероприятия имеют вполне самостоятельное значение. Более того, их результаты в дальнейшем используются в качестве доказательств при расследовании уголовных дел. При этом результаты специальных мероприятий вводятся в уголовный процесс с документальным их оформлением под наименованием оперативно-розыскного мероприятия, предусмотренного Законом об ОРД.

Следует также отметить, что все специальные мероприятия закрепляются в ведомственных нормативных актах закрытого характера. Там же раскрываются понятия этих мероприятий.

С точки зрения практической реализации тех или иных действий, их дифференциации, формирования специализированных подразделений из профессионалов, целенаправленно подготовленных выполнять специфические функции, выделение соответствующих наименований специальных мероприятий необходимо. Вместе с тем любое из этих мероприятий по сути своей может быть сведено к разновидности того или иного ОРМ, предусмотренного Законом об ОРД.

Поэтому считаем, что целесообразно включение в формулировки специальных мероприятий, закрепленные в соответствующих приказах МВД России, указаний на вид соответствующего ему ОРМ. Это позволит сотрудникам соответствующих подразделений не только четко представлять, какое мероприятие они проводят, какие условия его проведения, предусмотренные законодательством, они должны соблюдать, но и избегать подмены одного ОРМ другим.

Так, приговором Октябрьского районного суда г. Тамбова от 11 марта 2013 г. гр. Ф признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, п. «б» ч. 2 ст. 228.1 УК РФ. В ходе осуществления ОРД были проведены несколько ОРМ, в том числе проверочная закупка и оперативный эксперимент. По существу проведенные ОРМ проверочная закупка и оперативный эксперимент были абсолютно аналогичны, по показаниям сотрудников

полицейского отличия состояло только в том, что при проведении оперативного эксперимента лицо, выступающее в качестве покупателя амфетамина, приобретало его на свои личные деньги, а не на деньги, заранее выданные сотрудниками полиции¹.

Вышеизложенное позволяет нам в полной мере поддержать позицию ученых, указывающих на необходимость законодательного закрепления определений понятий каждого из оперативно-розыскных мероприятий. Вместе с тем следует обратить внимание на следующие обстоятельства. Введение соответствующих формулировок ОРМ в текст Закона об ОРД не следует считать мгновенной панацеей в решении соответствующих проблем как теоретического, так и практического характера. Оно неминуемо повлечет за собой критику определений со стороны представителей научного мира. Опыт показывает, что вряд ли какие-либо вводимые законом формулировки, тем более такие ключевые для науки и практики ОРД, могут быть единодушно приняты научным миром. Критике будет подвергнут не факт отсутствия определения ОРМ, а соответствующие дефиниции. Теоретики найдут в них целый ряд недостатков и пробелов. Практически у каждого специалиста будет по данному вопросу особое мнение.

Тем не менее мы в полной мере разделяем точку зрения о необходимости выработки наукой четких определений, отражающих содержание соответствующих явлений во всем их многообразии и формирующих категорийный аппарат как теории, так и практики ОРД, предопределяющих единое понимание ключевых элементов содержания этой деятельности.

¹ Решение Октябрьского районного суда г. Тамбова от 11 марта 2013 года по делу 1-51/2013 (1-526/2012;) URL: <https://rospravosudie.com/court-oktyabrskij-rajonnyj-sud-g-tambova-tambovskaya-oblast-s/act-461065353/> (дата обращения: 17.06.2016 г.)