



ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

УДК 343.102



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

zhns21@mail.ru

О ВЛИЯНИИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ НА ОТДЕЛЬНЫЕ ПРАВООБЪЕКТИВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

ABOUT THE INFLUENCE OF COURT DECISIONS ON THE PARTICULAR LAW ENFORCEMENT PROBLEMS OF OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITY

В статье рассматриваются ряд решений высших судов Российской Федерации, оказавших посредством толкования проблемных предписаний закона существенное влияние на оперативно-розыскную правоприменительную практику, обеспечивших эффективное решение правоохранительных задач в области противодействия преступности.

The article deals with a number of decisions of the highest courts of the Russian Federation, which had a significant impact on operational and investigative law enforcement practice through the interpretation of the problematic provisions of the law, and provided an effective solution of law enforcement tasks in the field of counteraction to crime.

Ключевые слова: высшие суды Российской Федерации, проблемы, решения, закон, оперативно-розыскная деятельность, правоприменительная практика.

Keywords: *highest courts of the Russian Federation, problems, solutions, law, operational-search activity, law enforcement practice.*

Оперативно-розыскная деятельность (далее – ОРД), как и любой вид правоохранительной деятельности, не лишена существенного количества проблем, не теряющих актуальности достаточно длительное время, что связано преимущественно с «неповоротливостью» законодательной власти в решении насущных вопросов правового регулирования сыскного процесса.

Поскольку в ряде случаев существующая правовая система откровенно пробуксовывает, восполнить имеющиеся пробелы пытаются ученые.

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, как уже отмечалось, именно она в первую очередь влияет на практику ОРД.

В различных изданиях авторы постатейно комментируют нормы Федерального закона



«Об оперативно-розыскной деятельности» [3; 6; 14; 16-18; 20], иных законодательных актов. Однако в имеющихся работах за редким исключением не находят отражения проблемы, связанные с неточностью формулировок, отсутствием дефиниций наиболее значимых терминов и даже антиномией.¹ Тем более там нет и рассуждений, связанных с возможными негативными последствиями от применения действующей редакции законодательных предписаний. Чтобы облегчить правоприменителю ориентирование в разнообразных юридических нормах, третья ветвь власти – судебная – ежегодно принимает большое количество актов (постановления, определения, их обзоры), устанавливающих те или иные правила реализации законодательных положений.

Поскольку таких правил накопилось достаточно много, их влияние на правоприменительную практику исключительно велико, а представители заинтересованных оперативных подразделений в большинстве своем о решениях высших судов ничего не знают,² создается патовая ситуация, при которой частично вроде бы разрешенные судебными органами проблемы на практике остаются непреодоленными.

Настоящая работа посвящена одному из этапов формулирования некоторых наиболее заметных проблем правоприменения, отрицательно влияющих на процесс противодействия преступности, и описанию имеющихся на этот счет судебных решений.

1. Правила определения приоритета нормативного правового акта.

В правоохранительной, в том числе оперативно-розыскной, практике зачастую возникают проблемы, связанные с тем, что конкретный вид деятельности регулируется нормами разных, но равных по уровню нормативных правовых актов. В этом случае правоприменители, как правило, используют

те правовые нормы, которые их больше удовлетворяют (например, определение понятия «жилище», представленное в Уголовном и Уголовно-процессуальном кодексах РФ), а иногда и различные научные и методические работы, где упоминаются данные проблемы [4; 7; 11; 13]. В связи с этим возникают ситуации, когда проведенное сыщиком оперативно-розыскное мероприятие (далее – ОРМ) оценивается им как правомерное, однако иные участники правоохранительного процесса (в первую очередь адвокат, надзирающий прокурор) придерживаются противоположной точки зрения. Что касается судьи, то практика показывает отсутствие у него в большинстве случаев собственной позиции, а это позволяет ему придерживаться линии одной из сторон, кажущейся более убедительной.³

Именно в связи с возникновением подобных ситуаций Конституционный Суд Российской Федерации (далее – КС РФ) в одном из своих знаковых решений установил правила определения приоритета равных по юридической силе законодательных актов, в соответствии с которым «в отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило «lex posterior derogat priori» («последующий закон отменяет предыдущие»), означающее, что даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений» (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 : постановление КС РФ от 29.06.2004 № 13-П).

1 Противоречие между двумя взаимоисключающими положениями, каждое из которых доказуемо логическим путем. [12, с. 23]

2 На протяжении ряда лет в стенах образовательного учреждения проводятся курсы повышения квалификации руководителей и сотрудников антинаркотических подразделений, в рамках которых авторская лекция «Правоприменительные проблемы оперативно-розыскной деятельности» пользуется неизменной популярностью, что подтверждает отсутствие базовых знаний в этой области у сотрудников, постоянно сталкивающихся с существующими проблемами в повседневном противодействии наркопреступности.

3 Формально работает уголовно-процессуальный принцип состязательности сторон (см. ст. 15 УПК РФ).



Возвращаясь к неоднократно упоминавшейся в научных работах проблеме определения понятия жилища в УК РФ и УПК РФ, с учетом указанного выше решения КС РФ можно сделать вывод, что по действующему в данном случае первому правилу¹ приоритетной признается норма УПК РФ. Однако с практической точки зрения уголовно-процессуальное указание на жилище как помещение, используемое (здесь и далее выделено нами. – Н.Ж.) для проживания, позволяет признать таковыми участок теплотрассы, собачью конуру и т.п.

Каков же рациональный выход из существующей ситуации?

Во-первых, такой выход опять же предлагает КС РФ в уже называвшемся выше решении, излагая это следующим образом: «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, который, согласно части первой его статьи 1, устанавливает порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации, будучи обычным федеральным законом, не имеет преимущества перед другими федеральными законами с точки зрения определенной непосредственно Конституцией Российской Федерации иерархии нормативных актов».

Во-вторых, в другом решении КС РФ отмечается следующее: «С положениями Уголовного кодекса Российской Федерации, предусматривающими – с учетом целей и задач уголовного законодательства – основания и цели применения принудительных мер медицинского характера за совершение запрещенных уголовным законом деяний, виды таких мер, продление, изменение и прекращение их применения (статьи 21, 97-102), должны быть согласованы и соответствующие положения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (По делу о проверке конституционности частей второй и четвертой статьи 443 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.А. Первова и запросом мирового судьи судебного участка № 43 города Кургана : постановление КС РФ от 21.05.2013 № 10-П).

Таким образом, в решениях КС РФ делается вывод, что нормы материального права имеют преобладающее значение над взаимосвязанными с ними процессуальными предписаниями.

Поскольку в соответствии с еще одним решением КС РФ «однородные по своей юридической природе отношения в силу принципа юридического равенства должны регулироваться одинаковым образом» (По делу о проверке конституционности положений частей первой, третьей и девятой статьи 115, пункта 2 части первой статьи 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и абзаца девятого пункта 1 статьи 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Недвижимость-М», общества с ограниченной ответственностью «Соломатинское хлебоприемное предприятие» и гражданки Л.И. Костаревой : постановление КС РФ от 30.01.2011 № 1-П), полагаем правомерным и мы сделать следующий давно уже сформулированный целым рядом специализирующихся в иных областях права ученых [1; 2; 8-10; 15; 19] вывод: нормы материального права выступают приоритетными по отношению к положениям права процессуального.

Если нормы материального права имеют преобладающее значение над взаимосвязанными с ними процессуальными предписаниями, в нашем случае это означает, что определение жилища, изложенное в примечании к ст. 158 УК РФ, имеет преимущество по сравнению с близкой по форме, но не по сути формулировкой п. 10 ст. 5 УПК РФ. Именно такая конструкция, с одной стороны, устранила существующие нормативные недочеты, с другой – ориентирует оперативно-розыскную практику на предсказуемое отношение к законодательному регулированию вопросов противодействия преступности.

2. Соотношение общих и специальных норм права.

На практике зачастую встречаются ситуации, при которых необходимо оценить те или иные действия органа, осуществляющего ОРД, с точки зрения закона. Однако россий-

¹ Второе правило относится к акту, регулируемому соответствующие отношения, т.е. к Жилищному кодексу РФ.



ская правовая система не очень четко определяет приоритет тех или иных норм права. Именно поэтому не слишком умудренные опытом сыщики, их руководители, уполномоченные прокуроры и иные официальные лица по-разному трактуют значимость тех или иных положений, не особо отличая их друг от друга.

В качестве реального примера различия в таком толковании следует предложить ситуацию, связанную с получением судебного решения на проведение ОРМ прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи.

Суть дела: N, будучи в то время заместителем начальника территориального органа внутренних дел – начальником криминальной милиции, инициировал судебное санкционирование ограничения конституционных прав подозреваемого в совершении преступления средней тяжести гр-на X при проведении ОРМ прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» в ст. 8 (ч. 2) в развитие положений ст. 23 (ч. 2) Конституции РФ о том, что «каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения», и статьи 25 Конституции РФ о том, что «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», определяет общие условия ограничения этих прав при проведении ОРМ, сформулированные в законе следующим образом: «Проведение оперативно-розыскных мероприятий, 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 или экологической безопасности Российской Федерации».

Анализ рассматриваемого законодательного предписания позволяет сделать вывод о том, что для ограничения указанных в норме конституционных прав граждан в борьбе с преступностью необходимо наличие двух обстоятельств:

- судебного решения;
- информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно либо о подготавливающих, совершающих или совершивших его лицах.

Как представляется, второе из отмеченных обстоятельств (информация) и должно быть основанием для принятия судьей решения об ограничении конституционных прав граждан.

Вместе с тем в рассматриваемой статье (ч. 4) применительно к ограничению права граждан на тайну телефонных переговоров содержится предписание, согласно которому «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».

Налицо правовая коллизия, выражающаяся в несоответствии содержания двух норм одной статьи закона. В связи с этим требует выяснения вопрос о правовой природе указанных норм, их соотношении.

Очевидно, что предписание ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-правовой деятельности» (ч. 2), является общей нормой, поскольку формулирует условия ограничения



конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий. В нем речь идет о так называемых традиционных мероприятиях судебного санкционирования (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).

Сформулированное же в рассматриваемой статье (ч. 4) положение распространяется на мероприятия, связанные с ограничением тайны телефонных и иных переговоров, а значит, является специальным по отношению к содержанию рассмотренной выше части статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-правовой деятельности».

По общему правилу, хотя и не закрепленному нормативно, но используемому в правовой системе Российской Федерации как доктрина¹ теории права, специальные нормы права имеют приоритет над общими предписаниями даже при их одинаковой юридической силе.

Таким образом, положение ст. 8 (ч. 4) Федерального закона «Об оперативно-правовой деятельности» является приоритетным по отношению к предписанию ст. 8 (ч. 2) этого же закона. Поэтому независимо от правил, содержащихся в ст. 8 (ч. 2), при проведении ОРМ прослушивание телефонных переговоров будет действовать норма ст. 8 (ч. 4). [подр. 5]

Наше понимание правил разрешения рассматриваемой проблемы подтверждает и Верховный Суд РФ (далее – ВС РФ). Так, в Информации о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ, подготовленной Судебной коллегией по уголовным делам ВС РФ и Управлением систематизации законодательства и анализа судебной практики ВС РФ (от 05.06.2014), отмечается: «В силу положений ч. 4 ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-правовой деятель-

ности» 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.

Часть 4 ст. 8 ФЗ Федерального закона «Об оперативно-правовой деятельности» является специальной по отношению к части 2 этой же статьи, в которой предусмотрено другое условие указанного ОРМ, а именно допустимость его проведения только в отношении противоправных деяний, по которым обязательно производство предварительного следствия. Поэтому судья вправе принять решение о прослушивании телефонных и иных переговоров только в отношении граждан, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести (либо лиц, которые могут располагать сведениями о преступлениях данной категории), по делам о которых производство предварительного следствия является обязательным.

Это условие, предусмотренное ч. 4 ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-правовой деятельности», относится лишь к прослушиванию телефонных и иных переговоров и не распространяется, например, на ОРМ, ограничивающие право на неприкосновенность жилища. Поэтому суды правильно принимают решения о проведении иных ОРМ при наличии признаков противоправных деяний небольшой тяжести, производство предварительного следствия по которым является обязательным, в частности, о разрешении обследования помещения».

Как мы видим, позиция ВС РФ абсолютно точно (даже в тех же выражениях) повторяет сделанный нами ранее применительно к конкретной практической ситуации вывод.

Таким образом, ограниченное рамками объема статьи и идеей поэтапного описания правоприменительных проблем ОРД исследование позволяет сделать следующие выводы.

1. С целью единообразного понимания и использования в сфере уголовной юстиции

¹ Доктрина – совокупность служащих основой теории постулатов, способствующих объяснению теории и осуществлению анализа ее механизмов, отражающих необходимость выбора между совокупностями основополагающих принципов, на основе которых может развиваться теория..



категории «жилище» необходимо исключить из п. 10 ст. 5 УПК РФ формулировку рассматриваемого понятия с целью использования в правоприменительной практике лишь дефиниции, представленной в примечании¹ к ст. 139 УК РФ.

2. Конституционному Суду РФ следует принять решение о соотношении материальных и процессуальных норм права для закрепления существующего доктринального приоритета первых над последними.

3. Конституционному Суду РФ необходимо формализовать своим решением устояв-

шееся в теории права воззрение о приоритете специальных норм над общими предписаниями даже при их одинаковой юридической силе.

Решение этих наболевших проблем во многом минимизирует риски непреднамеренных нарушений законности и конституционных прав граждан при осуществлении оперативно-розыскного противодействия преступности.

¹ Под жилищем в настоящей статье, а также в других статьях настоящего Кодекса понимаются 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.

Библиографический список

1. Батычко, В.Т. Теория государства и права в вопросах и ответах / В.Т. Батычко. – Таганрог: ТРТУ, 2005.

2. Белоусов, С.А. Материальные и процессуальные нормативные предписания в системе российского законодательства: диалектика взаимосвязи и проблемы разбалансированности / С.А. Белоусов // Современное право. – 2015. – № 12.

3. Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков ; под ред. П.Г. Пономарева. – М.: Новый юрист, 1997.

4. 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.

5. Железняк, Н.С. Правоприменительные проблемы оперативно-розыскной деятельности : лекции / Н.С. Железняк. – Красноярск: СибЮИ МВД России, 2010. – Т. 2.3.

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

7. Железняк, Н.С. Жилище как объект оперативно-розыскной деятельности (сравнительно-правовой анализ) / Н.С. Железняк // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2017. – № 4 (29). – С. 7-14.



8. Кудрявцева, Т.С. Некоторые проблемы классификации и применения материальных и процессуальных норм (на примере отдельного трудового спора) / Т.С. Кудрявцева // Трудовое право. – 2009. – № 3. – С. 60-63.
9. Лейст, О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / О.Э. Лейст ; под ред. В.А. Томилова. – М.: Зерцало, 2008.
10. Марченко, М.Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник: в 2 т. / М.Н. Марченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2016. – Т. 2.
11. Одношвин, И.А. Понятие «жилище» и его значение для уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности / И.А. Одношвин // Актуальные проблемы российского права. – 2014. – № 6. – С. 12-14.
12. Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – 3-е изд., стереотипное – М.: АЗЪ, 1996.
13. Помазкова, С.И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска / С.И. Помазкова // Оперативник (сыщик). – 2005. – № 1 (2). – С. 10-13.
14. Смирнов, М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран : учебное пособие / М.П. Смирнов. – М.: Изд. «Экзамен», 2003.
15. Уксусова, Е.Е. Гражданское судопроизводство по делам о банкротстве: проблемы законодательного регулирования и правоприменения / Е.Е. Уксусова // Lex russica. – 2014. – № 2.
16. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / под ред. проф. В.В. Николюка. – М.: Спарк, 2003.
17. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Научно-практический комментарий / под ред. проф. А.Е. Чечёткина. – Барнаул: БЮИ МВД России, 2007.
18. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: научно-практический комментарий / А.С. Бахта и др. – Хабаровск: ДВЮИ МВД России, 2012.
19. Худояров, Б.Т. О некоторых вопросах применения норм материального и процессуального права в семейно-правовых отношениях / Б.Т. Худояров // Юридические науки: Вестник Пермского университета. – 2014. – № 1.
20. Шумилов, А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / А.Ю. Шумилов. – М., 1999.