

Федеральное государственное казенное образовательное
учреждение высшего образования
«СИБИРСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ
МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

Н.С. Железняк

**ВОПРОСЫ АКТУАЛИЗАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА
«ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»**

Монография

КРАСНОЯРСК
СИБЮИ МВД России
2019

УДК 159.9.075
ББК 88.5

Рецензенты: А.Е. Чечётин – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры оперативно-разыскной деятельности органов внутренних дел Барнаульского юридического института МВД России;
В.Ф. Луговик – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры оперативно-разыскной деятельности органов внутренних дел Омской академии МВД России.

Монография подготовлена доктором юридических наук, профессором Н.С. Железняком – профессором кафедры оперативно-разыскной деятельности Сибирского юридического института МВД России (г. Красноярск), заслуженным юристом Российской Федерации.

Железняк, Н.С.

Вопросы актуализации Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : монография / Н.С. Железняк. – Красноярск: СибЮИ МВД России, 2019. – 332 с. – ISBN 978-5-7889-0285-2.

В монографии исследованы проблемы отечественного законодательства в области оперативно-розыскной деятельности. Выявлены и охарактеризованы наиболее существенные недостатки, сформулированы и предложены рекомендации по совершенствованию оперативно-розыскного законодательства посредством принятия новой редакции Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

Монография предназначена для научных работников, преподавателей, курсантов и студентов юридических вузов, руководителей и сотрудников правоохранительных органов, иных заинтересованных лиц.

ISBN 978-5-7889-0285-2

© СибЮИ МВД России, 2019
© Н.С. Железняк, 2019

Оглавление

Введение.....	5
Преамбула	8
Глава I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ	
Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность.....	14
Статья 2. Задачи оперативно-розыскной деятельности	21
Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности	37
Статья 4. Правовая основа оперативно-розыскной деятель- ности	45
Статья 5. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности	53
Глава II. ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ.....	95
Статья 6. Оперативно-розыскные мероприятия	95
Статья 7. Основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий	127
Статья 8. Условия проведения оперативно-розыскных меро- приятий.....	143
Статья 8.1. Особенности проведения оперативными подраз- делениями органов федеральной службы безопасности опера- тивно-розыскных мероприятий в сфере осуществления ино- странных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства	167
Статья 9. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий	170
Статья 10. Информационное обеспечение и документиро- вание оперативно-розыскной деятельности.....	194
Статья 11. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности	198
Статья 12. Защита сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность	207
Глава III. ОРГАНЫ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИЕ ОПЕРАТИВНО- РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ	211
Статья 13. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность	211
Статья 14. Обязанности органов, осуществляющих опера- тивно-розыскную деятельность	220

Статья 15. Права органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность	226
Статья 16. Социальная и правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность	250
Глава IV. СОДЕЙСТВИЕ ГРАЖДАН ОРГАНАМ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ	269
Статья 17. Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность	269
Статья 18. Социальная и правовая защита граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность	292
Глава V. ФИНАНСОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	300
Статья 19. Финансовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности	300
Глава VI. КОНТРОЛЬ И НАДЗОР ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ	304
Статья 20. Контроль за оперативно-розыскной деятельностью ...	304
Статья 21. Прокурорский надзор за оперативно-розыскной деятельностью	308
Статья 22. Ведомственный контроль за оперативно-розыскной деятельностью	314
Статья 23. Вступление в силу настоящего Федерального закона	316
СТАТЬЯ АВТОРСКОЙ РЕДАКЦИИ ЗАКОНА, НЕ НАШЕДШАЯ ОТРАЖЕНИЯ В ДЕЙСТВУЮЩЕМ ФЕДЕРАЛЬНОМ ЗАКОНЕ «ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»	317
Заключение	330

ВВЕДЕНИЕ

Существуют вопросы, на которые нет ответов; но есть ответы, вызывающие массу вопросов», – отмечал российский литератор Э. Севрус. Данный афоризм как нельзя более применим к оперативно-розыскной деятельности – особой сфере человеческих отношений, порождающей множество слухов, недомолвок, недоразумений и даже судебных исков. Что же это за отношения?

На протяжении веков человеческое общество выстраивает систему собственной жизнедеятельности, разрабатывая для этого некие правила отношений между людьми. Одни правила приобретают статус стандартного поведения граждан, другие, облеченные в форму правовых норм, обеспечивают легитимность определенных поступков в той или иной сфере, создавая систему правоотношений. Поскольку такие правоотношения присутствуют практически во всех основных областях человеческой деятельности, постольку они проявляются и в правоохранительном поле, в частности, как оперативно-розыскные правоотношения.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12.08.1995 № 144-ФЗ (далее – ФЗ об ОРД), отражающий в своих нормах основные направления профессионального сыска и регулирующий оперативно-розыскные правоотношения, за тридцать четыре года своего существования претерпел тридцать редакций, повлекших семьдесят три изменения содержащихся в нем предписаний. Описание нормативного правового акта в сухих цифрах дает возможность судить о содержании в законе ста шести положений, расположенных в двадцати трех рабочих статьях. Простейшие арифметические вычисления позволяют сделать вывод, что в рассматриваемый период почти семьдесят процентов норм закона подверглись изменению, и, по мнению специалистов, не всегда в лучшую сторону¹. В связи с этим более или менее стройная система правовых положений² была приведена к состоянию, близкому к хаосу, при котором целый ряд предписаний закона стал противоречить друг другу,

¹ См., напр.: Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного десятилетию принятия Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») / под ред. д.ю.н. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2004; 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции. Омск: Омский юридический институт, 2010.

² Ненаучное словосочетание «более или менее», на наш взгляд, означает, что целый ряд предписаний закона изначально имел декларативный характер либо не до конца понятный правоприменителю смысл.

порождая не только научные дискуссии, но и правоприменительные проблемы в рассматриваемой области юридической деятельности.

Напротив, четкие и понятные установления законодателя позволяли бы сыщикам эффективно реализовывать свои профессиональные функции, преподавателям – осуществлять педагогическую работу, оказывать консультативную и правовую помощь нуждающимся в ней лицам, а курсантам и студентам – в настоящем познавать одну из самых удивительных сфер правоохранительной деятельности, а в будущем – реально защищать конституционные права и свободы граждан от противоправных посягательств.

Оперативно-розыскная деятельность (далее – 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 именно она в первую очередь влияет на практику сыскной деятельности.

В различных изданиях авторы постатейно комментируют нормы ФЗ об ОРД¹. Однако в имеющихся работах за редким исключением не находят отражения проблемы, связанные с неточностью формулировок, отсутствием дефиниций наиболее значимых терминов и даже антиномией². Тем более, там нет и рассуждений, связанных с возможными негативными последствиями от применения действующей редакции норм закона, как и конкретных предложений по его совершенствованию.

Наш труд в первую очередь направлен именно на правоприменительную оценку существующих предписаний описываемого нормативного правового акта, а также на внесение предложений по его актуализации.

¹ См., напр.: Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : комментарий. М.: Новый юрист, 1997; Шумилов А.Ю. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». М., 1999; Смирнов М.П. Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран : учебное пособие. М.: Изд. «Экзамен», 2003; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / под ред. проф. В.В. Николюка. М: Спарк, 2003; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / под ред. проф. А.Е. Чечётин. Барнаул: БЮИ МВД России, 2007; Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий / А.С. Бахта и др. Хабаровск: ДВЮИ МВД России, 2012.

² Противоречие между двумя взаимоисключающими положениями, каждое из которых доказуемо логическим путем. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 3-е изд., стереотип. М.: АЗЪ, 1996. С.23.

зации не отдельными точечными правками, а полностью новой редакцией, впервые предложенной в 2013 г. и незначительно скорректированной в последующий период времени.

В нем постатейно будут оцениваться установления действующего закона, выявляться существующие проблемы, предлагаться нормативные решения по их устранению или минимизации. В связи с этим полагаем, что такая работа будет полезной как для ученых в области ОРД, так и практиков, осуществляющих в соответствии с законом оперативно-розыскное противодействие преступности.

ПРЕАМБУЛА

Настоящий Федеральный закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, и закрепляет систему гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

В действующей редакции закона его преамбула, как положение, дающее основное направление мыслительной деятельности правоприменителя, применительно к содержанию нормативного правового акта¹ в целом выглядит абсолютно понятной и не вызывает нареканий у специалистов².

На протяжении всего периода существования действующего закона исследуемая конструкция не подвергалась корректировке и даже критике, поскольку, видимо, выглядела достаточно нейтральной и не «резала глаз» потребителя.

Вместе с тем, на наш взгляд, ее нельзя охарактеризовать как идеальную. Оценивая ее содержание, следует обратить внимание на два фрагмента анализируемого положения, касающиеся соблюдения принципа территориальности осуществления ОРД и ее содержания.

Во-первых, в преамбуле указывается, что регулируемая законом *ОРД осуществляется на территории Российской Федерации*. Кстати, словосочетание «территория Российской Федерации» используется и далее в законе – в ч. 1 ст. 8 применительно к условиям проведения ОРМ, в ч. 1 ст. 13, определяющей перечень органов, осуществляющих ОРД, в п. 4 ст. 14 относительно обмена информации с другими субъектами, противодействующими преступности, как обязанности органов, осуществляющих ОРД.

Таким образом, согласно положениям закона пространство, на котором можно осуществлять ОРД, ограничивается территорией Российской Федерации. В связи с этим возникает вопрос относительно воз-

¹ Преамбула – вводная или вступительная часть какого-либо законодательного или иного правового акта, ... в которой обычно излагаются принципиальные положения, побудительные мотивы, цели издания соответствующего акта. См. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 576.

² Ни в одном труде, оценивающем ФЗ об ОРД, мы не обнаружили замечаний по содержанию его преамбулы.

возможности эффективного проведения международных полицейских операций, например, связанных с контролируемой поставкой наркотиков.

Межгосударственная или транзитная¹ контролируемая поставка наркотиков – чрезвычайно сложное оперативно-розыскное мероприятие (далее – ОРМ), ради успешности которого в различных странах работают представители взаимодействующих правоохранительных органов и специальных служб². Представляется небезосновательным утверждение о том, что организатором данного мероприятия, как правило, выступает орган, получивший и посредством первичной проверки подтвердивший поступившую информацию, обратившийся за помощью к взаимодействующим структурам сопредельных и иных государств³. Будут ли эффективными осуществляемые исключительно представителями правоохранительной системы каждого государства в отдельности контроль и сопровождение наркотиков на территории каждой из стран, через границы которых он проходит? Насколько небезопасной является передача фигуранта для обеспечения слежения за его действиями на границах каждого государства, по территориям которых движется сопровождаемый фигурантом груз? Ответ очевиден – представленная ситуация нуждается в подходе, при котором организатор контролируемой поставки, работающий во взаимодействии с иностранными правоохранителями, должен иметь возможность осуществления не только разработки этой операции, но и контроля всего ее процесса. Описанная ситуация определяет потребность практики в изменении действующего предписания в сторону закрепления права осуществлять ОРД и за пределами России.

Интересный и, по нашему мнению, небезуспешный подход к решению этой проблемы использует В.Ф. Луговик в ст. 4 авторского проекта Оперативно-розыскного кодекса (далее – ОРК)⁴ в регламентации

¹ Транзитной называется контролируемая поставка с пересечением контролируемого груза через границы более двух государств (например, из Польши через Беларусь или Украину в Россию).

² В рамках проведения учебных занятий с представителями компетентных органов Афганистана, Пакистана, Узбекистана, Таджикистана, Туркменистана, Киргизии и Казахстана эта проблема неоднократно оценивалась слушателями как трудно-разрешимая.

³ Например, при организации российскими антинаркотическими подразделениями органов внутренних дел контролируемой поставки наркотических средств по традиционному Северному маршруту из Афганистана, им необходимо будет взаимодействовать с аналогичными правоохранительными структурами Туркменистана, Узбекистана, Казахстана или Таджикистана, Киргизстана и Казахстана.

⁴ Луговик В.Ф. Оперативно-розыскной кодекс Российской Федерации : авторский проект. Омск: Омская юридическая академия, 2014. (Далее – ОРК или Кодекс).

действия нормативных правовых актов в пространстве. В ч. 2 статьи он указывает, что «по решению Президента Российской Федерации или в соответствии с международными договорами нормы настоящего Кодекса и иные нормативные правовые акты применяются при осуществлении оперативно-розыскной деятельности за пределами территории Российской Федерации». Таким образом В.Ф. Луговик делает поистине революционный шаг в области законодательного регулирования ОРД, расширяя имеющиеся в настоящее время возможности по осуществлению ОРД на территории Российской Федерации¹ пределами других государств², отмечая в качестве условий проведения такой работы наличие решения Президента РФ или международных договоров, ратифицированных Российской Федерацией.

Что касается последних, то в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы³. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Согласно чч. 2, 3 ст. 90 Конституции РФ указы и распоряжения Президента РФ обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации и не могут противоречить Конституции РФ и федеральным законам. Вместе с тем представим ситуацию, при которой Президент РФ будет принимать решения о проведении ОРД на территории других государств, не связанных с Россией договором о правовой и иной помощи. Не будет ли это выглядеть вмешательством во внутренние дела этих государств? Не станет ли это (даже в случае наличия такого дого-

Длительная полемика относительно написания прилагательного «розыскной» (если использовать спортивную терминологию) завершилась, как нам представляется, победой по очкам поклонников академической школы сыщиков. Поэтому в работе (за исключением цитат) оно будет использоваться в традиционном виде.

¹ См. вводную часть, ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 13, п. 4 ч. 1 ст. 14 ФЗ об ОРД.

² Оперативно-розыскная практика свидетельствует, что проведение ОРД на территории других государств вопреки указанным выше предписаниям ФЗ об ОРД все же имеет место (например, при проведении международной или транзитной контролируемой поставки), однако это обставляется смущающим специалистов термином «в присутствии», что, видимо, означает неучастие сыщика в международной операции (которую он, как зачастую бывает, и разработал), а нахождение неподалеку от происходящих событий без возможности вмешательства в них.

³ В связи с этим представляется странным отсутствие общепризнанных принципов и норм международного права, а также и международных договоров, к которым присоединилась Российская Федерация, в перечне источников правовой основы ОРД, перечисленных в ст. 4 ФЗ об ОРД.

вора) дополнительной и системно применяемой функцией руководителя России? Будет ли у него на это время в череде весьма важных для страны решений и действий? Весьма сомнительно.

На наш взгляд, для нормативного подтверждения возможности проводить ОРД на территории другой страны правильнее было бы использовать следующую редакцию: «Оперативно-розыскная деятельность за пределами Российской Федерации осуществляется в соответствии с международными договорами или иными международными актами об оказании правовой помощи в борьбе с преступностью по согласованию с компетентными органами государства, на территории которого будут проводиться оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия»¹.

Во-вторых, в преамбуле закона указывается, что он закрепляет систему гарантий законности *при проведении ОРМ*. И это положение представляется нам спорным. В науке ОРД достаточно давно ведется дискуссия о соотношении ОРД и ОРМ. Одни авторы (как, кстати, и создатели ФЗ об ОРД²) полагают, что ОРД состоит из подготавливаемых и проводимых ОРМ, другие считают, что, хотя ОРМ и выступают стержневыми элементами ОРД, тем не менее не являются ее единственными составными частями³.

Например, В.Ф. Луговик отмечает, что ОРД реализуется путем проведения ОРМ и иных регламентированных ОРК действий⁴.

Наша точка зрения отличается от приведенной выше существенной приближенностью к формуле законодателя (но не абсолютной поддержкой ее) и состоит в том, что *основное содержание ОРД заключается в подготовке и проведении ОРМ*, которые являются стержнем рассматриваемой деятельности.

Позволим себе высказать резоны в защиту собственного мнения, используя для этого фрагменты текста ФЗ об ОРД. В 18 из 23 рабочих статей закона 62 раза в различных падежных формах употребляется словосочетание «оперативно-розыскные мероприятия». Указанный количе-

¹ Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: проект. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2013. Ч. 2 ст. 1.

² Согласно ст. 1 ФЗ об ОРД она осуществляется «посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий».

³ Железняк Н.С. О путях совершенствования некоторых положений главы 1 ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства (материалы круглого стола, посвященного 10-летию принятия ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности») / под ред. В.И. Елинского. М.: ВНИИ МВД России, 2004.

⁴ Луговик, В.Ф. Указ. соч. Ст. 8.

ственный параметр означает, вероятно, что именно ОРМ являются основным содержанием ОРД.

При исследовании качественных характеристик сути данного законодательного акта целесообразно обратить внимание на следующие фрагменты формулировок:

– ст. 1 – «оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой... посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий...»;

– ч. 1 ст. 6 – «при осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия...».

Анализ предложенных фрагментов в их совокупности также позволяет заключить, что основой ОРД выступают ОРМ.

На это ориентирует и формулировка ч. 5 ст. 6 ФЗ об ОРД, согласно которой «должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов..., а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе...». Как мы видим, первая часть представленного текста подтверждает нашу позицию относительно оценки ОРМ как основы ОРД, а вторая указывает на вспомогательный характер привлечения отдельных лиц для обеспечения рассматриваемой правоохранительной функции.

Наиболее ярко демонстрируют такое соотношение нормы ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, фиксирующие права органов, которые осуществляют ОРД. Последовательность их такова: п. 1 в начале предложения описывает основное полномочие оперативных подразделений, заключающееся в проведении ОРМ. Завершающая часть предложения п. 1 и нормы п.п. 2-5 имеют характер объяснительно-детализирующего перечисления прав указанных органов при подготовке и проведении таких мероприятий:

– проводить изъятие предметов, материалов и сообщений (п. 1);
– прерывать предоставление услуг связи (п. 1);
– использовать помощь граждан на конфиденциальной основе (п. 2);

– использовать служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц (п. 3);

– использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-

розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе (п. 4);

– создавать в установленном законодательством порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач оперативно-розыскной деятельности (п. 5).

Принимая изложенные аргументы как совокупность доказательств отстаиваемой нами позиции, мы приходим к выводу, что законодатель поставил знак равенства между ОРМ и ОРД не совсем правомерно. Наша позиция о том, что ОРМ являются стержневым (но далеко не единственным) элементом ОРД, представляется более предпочтительной и соответствующей духу, да и букве¹ ФЗ об ОРД. Именно поэтому рассматриваемое законодательное положение (преамбула), на наш взгляд, должно быть ориентировано не на ОРМ, а на ОРД в целом.

Поэтому полагаем более верным и соответствующим потребностям практики использование в законе формулировки, отражающей нашу позицию по рассматриваемой проблеме. Такая конструкция, с одной стороны, устранил рассмотренные в данной работе нормативные недочеты, с другой – точно определит предназначение законодательного акта, ориентированного на оперативно-розыскное противодействие преступности.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Настоящий Федеральный закон определяет содержание оперативно-розыскной деятельности и закрепляет систему гарантий законности при ее осуществлении.

¹ Данный вывод подтверждается и иными предписаниями (кроме ст. 1) ФЗ об ОРД.

ГЛАВА I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность

Оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных на то настоящим Федеральным законом (далее – органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность), в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Термин «оперативно-розыскная деятельность» введен в практический и научный оборот после принятия в 1958 году Основ уголовного судопроизводства СССР.

Вышеприведенное понятие закреплено законодательно и как деятельность характеризуется рядом признаков. ОРД осуществляется:

- гласно и негласно (с заметным преобладанием последней категории);
- оперативными подразделениями специально на то уполномоченных государственных органов;
- посредством проведения ОРМ;
- в целях борьбы с преступностью.

В общеупотребительном смысле ОРД представляет собой целостную систему оперативно-розыскных и иных мероприятий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений и оказывающими им содействие лицами в целях борьбы с преступностью.

В ФЗ об ОРД понятию ОРД посвящена ст. 1 «Оперативно-розыскная деятельность», предлагающая вышеуказанное описание его содержания. Краткий анализ отдельных элементов предлагаемого определения может сформировать следующую картину исследуемой формулировки:

- *вид деятельности.* Во-первых, это деятельность правоохранительная, т.к. ориентирована на защиту прав граждан от преступных посягательств. Во-вторых, любая деятельность применительно к ее информационной составляющей заключается в добывании (получении) и использовании информации. ОРД в этом смысле не является исключе-

нием. Основное ее предназначение – добывать (получать) и использовать оперативно значимую информацию в борьбе с преступностью;

– *осуществляется гласно и негласно*. Двойственный характер этой деятельности проявляется в умелом сочетании конфиденциальности применения сил, средств и методов с зачастую гласным использованием полученных результатов. Например, результаты негласного ОРМ «прослушивание телефонных переговоров» могут быть без ущерба для органов, осуществляющих ОРД, рассекречены и в установленном порядке вовлечены в процесс доказывания по уголовному делу. С другой стороны, большинство ОРМ и иных действий в зависимости от решаемых задач могут проводиться как гласно, так и негласно;

– *осуществляется оперативными подразделениями* государственных органов, перечень которых представлен в ч. 1 ст. 13 ФЗ об ОРД: органы внутренних дел Российской Федерации, органы федеральной службы безопасности, федеральный орган исполнительной власти в области государственной охраны, таможенные органы Российской Федерации, служба внешней разведки Российской Федерации, федеральная служба исполнения наказаний, орган внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации. Однако ОРД осуществляют не сами эти органы, а их оперативные подразделения.¹ Согласно ч. 3 ст. 13 ФЗ об ОРД руководители указанных органов определяют перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять ОРД, их полномочия, структуру и организацию работы. Так, в связи с принятием Федерального закона от 07.02.2011 № 3-ФЗ «О полиции» началось издание подзаконных актов, в том числе принят приказ, определяющий новый перечень оперативных подразделений, их наименование и предназначение²;

– *реализуется путем использования оперативными подразделениями своих полномочий*, которые разнообразны и зачастую распределяются в соответствии с уголовно-правовой компетенцией данных подразделений. Так, противодействие преступлениям общеуголовной направленности отнесено в полиции к полномочиям уголовного розыска, борьба с преступлениями в сфере экономики – к полномочиям подразделений по борьбе с экономическими преступлениями и противодействию коррупции. Часть оперативных подразделений относятся к основным, реализующим свои функции непосредственно в борьбе с преступностью (например, указанные выше подразделения), другие – решают не менее

¹ Статья 1, ч. 1, 2, 5 ст. 13, ч. 1, 3 ст. 19 ФЗ об ОРД.

² О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России : приказ МВД России от 19.06.2012 № 608.

важные, но вспомогательные задачи (например, оперативно-поисковые или специальных технических мероприятий);

– *осуществляется посредством проведения перечисленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД оперативно-розыскных мероприятий*¹ – совокупности объединенных единым замыслом действий, направленных на достижение поставленных перед оперативным подразделением целей или решение задач;

– *реализуется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств*. Выстроенная законодателем иерархия защищаемых ценностей полностью соответствует предписаниям ст. 2 Конституции России о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Указание на конкретный источник опасности – преступные посягательства – в рассуждении «от обратного» позволяет судить, что ОРД должна осуществляться исключительно в борьбе с преступностью².

Таким образом:

1) законодательное определение понятия ОРД в целом раскрывает его суть в соответствии с принятыми юридико-техническими правилами и устоявшейся оперативно-розыскной практикой;

2) к основным содержательным характеристикам ОРД как особого вида правоохранительной работы можно отнести ее правовой статус, государственную принадлежность, организованный характер, целенаправленность на обеспечение прав и свобод личности, сочетание гласных и негласных сил, средств и методов;

3) основной целью ОРД выступает защита личности, общества, государства от преступных посягательств.

Вместе с тем данное определение не лишено ряда недостатков, не позволяющих причислить его к эталону нормотворческой деятельности.

Во-первых, в нем отсутствует отнесение ОРД к одному из видов правоохранительной деятельности. Если исходить из ее определения как

¹ Подход законодателя, устанавливающего, что ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ, критикуется во многих научных трудах. Напр.: Бобров В.Г. Некоторые суждения по монографии Н.С. Железняк и А.Д. Васильева «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты // Оперативник (сыщик). 2011. № 1 (26).

² К сожалению, далее в тексте ФЗ об ОРД законодатель проявляет непоследовательность, предлагая оперативным подразделениям решать и иные задачи, не связанные с противодействием преступности (например, ч. 2 и 3 ст. 7, ст. 8.1 закона).

вида государственной деятельности, осуществляемой с целью охраны права специально уполномоченными органами путём применения юридических мер воздействия в строгом соответствии с законом¹, то термин «правоохранительная» должен обязательно присутствовать в законодательной формулировке ОРД.

Во-вторых, отмечается, что ОРД осуществляют оперативные подразделения органов, уполномоченных на осуществление ОРД. С одной стороны, данное установление является однозначным и не требует специальных комментариев, с другой – руководители, уполномоченные на осуществление ОРД, сами не являющиеся сотрудниками оперативных подразделений, активно участвуют в ОРД. По формальным основаниям (отсутствие упоминания в ст. 1 ФЗ об ОРД) их было бы нельзя причислить к должностным лицам, осуществляющим ОРД, однако неоднократная фиксация в законе словосочетания «руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность» (ч. 6, 7 ст. 8, ч. 3 ст. 9, ч. 4 ст. 11, ч. 1 ст. 12, ч. 1, 3 ст. 19, ч. 2 ст. 21, ст. 22 ФЗ об ОРД) свидетельствует о том, что данный руководитель также является не только активным участником, но и организатором оперативно-розыскного процесса, а поэтому – обладает соответствующими полномочиями.

В-третьих, закреплено, что ОРД осуществляется посредством проведения ОРМ. Как уже отмечалось выше, многие теоретики и практики достаточно критично относятся к этой идее, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем ОРМ и объемом фактических действий, осуществляемых оперативными сотрудниками в ходе ОРД. Действительно, практика показывает, что таких действий неизмеримо больше и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ, как его элементы. К ним следует отнести, например, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, его допрос, доставление, организацию засады и т.п.²

Автор Кодекса вообще отказался от формулирования понятия ОРД, а включил отдельные его элементы в различные статьи (выделены курсивом – Н.Ж.):

¹ Шарапуто М.В. Правоохранительные органы // СПС КонсультантПлюс.

² Одни их описывают как «иные оперативные мероприятия» (Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: проект. Сибирский юридический институт ФСКН России: Красноярск, 2013), другие называют «принудительные процедуры» (Чумаров С.А. О правовой форме принудительных процедур, применяемых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности / Оперативник (сыщик). 2015. № 3 (44). С. 45-47).

Статья 4. Действие нормативных правовых актов, регулирующих оперативно-разыскную деятельность в пространстве

1. На территории Российской Федерации оперативно-разыскную деятельность осуществляют органы, уполномоченные на то настоящим Кодексом, их оперативные подразделения и должностные лица.

2. По решению Президента Российской Федерации или в соответствии с международными договорами нормы настоящего Кодекса и иные нормативные правовые акты применяются при осуществлении оперативно-разыскной деятельности за пределами территории Российской Федерации.

Статья 6. Назначение оперативно-разыскной деятельности

Оперативно-разыскная деятельность осуществляется для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, для противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности, для обеспечения государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности.

Статья 7. Основные направления оперативно-разыскной деятельности

1. Оперативно-разыскная деятельность осуществляется по следующим основным направлениям:

- 1) защита личности, общества, государства от противоправных посягательств;
- 2) выявление, предупреждение и раскрытие преступлений;
- 3) розыск лиц, идентификация лиц и трупов;
- 4) государственная защита потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц;
- 5) установление имущества, подлежащего конфискации;
- 6) обеспечение государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности;
- 7) обеспечение безопасности органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, их оперативных подразделений и должностных лиц и их близких, а также лиц, оказывающих содействие этим органам и их близким;
- 8) обеспечение установленного порядка отбывания наказания;
- 9) антикоррупционное обеспечение государственной и муниципальной службы.

2. По решению Президента Российской Федерации оперативно-разыскная деятельность может осуществляться в целях поддержания или восстановления международного мира и безопасности.

Статья 8. Проведение оперативно-разыскной деятельности

Оперативно-разыскная деятельность осуществляется органами, уполномоченными на то настоящим Кодексом, их оперативными подразделениями и должностными лицами путем проведения оперативно-разыскных мероприятий и иных действий, регламентированных настоящим Кодексом.

Полагаем такой подход непродуктивным и усложняющим осознание содержания описываемой в законе деятельности.

Во-первых, ОРД является весьма сложным видом правоохранительной работы, а поэтому нуждается в определении, доступном для понимания не только правоприменителя, но и значительного числа населения.

Во-вторых, предписание о проведении по решению президента РФ ОРД за пределами государства представляется допустимым по сути, но не по форме¹.

Поэтому мы полагаем, что действующая редакция ФЗ об ОРД нуждается в корректировке, а осуществление ОРД за пределами Российской Федерации требует закрепления в международных договорах или иных межгосударственных актах об оказании правовой помощи и согласования с компетентными органами государства, на территории которого она будет проводиться.

На наш взгляд, для нормативного подтверждения возможности проводить ОРД на территории другого государства правильнее было бы использовать иную редакцию, которую мы представляем ниже.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 1. Оперативно-розыскная деятельность

1. Оперативно-розыскная деятельность – вид правоохранительной деятельности, гласно и негласно осуществляемой оперативными подразделениями и уполномоченными должностными лицами закрепленных в настоящем Федеральном законе государственных органов (далее – органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность), которым предоставлено право проводить оперативно-

¹ Подробно об этом см. раздел «Пreamбула».

розыскные и иные¹ оперативные мероприятия в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

2. Оперативно-розыскная деятельность за пределами Российской Федерации осуществляется в соответствии с международными договорами или иными международными актами об оказании правовой помощи в борьбе с преступностью по согласованию с компетентными органами государства, на территории которого будут проводиться оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия.

¹ Вопрос о существовании в ОРД иных оперативных мероприятий, как достаточно давно устоявшаяся позиция автора монографии, будет исследован ниже в статье, посвященной ОРМ.

Статья 2. Задачи оперативно-розыскной деятельности

Задачами оперативно-розыскной деятельности являются:

выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших;

осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших;

добывание информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации;

установление имущества, подлежащего конфискации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Задачи ОРД – нормативно закрепленные в законодательном порядке цели, на достижение которых направлены действия оперативных подразделений государственных органов, осуществляющих ОРД.

Главные (стратегические) цели ОРД определены в ст. 1 ФЗ об ОРД, где отмечено, что эта деятельность осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Что же касается тактических целей, то они совпадают с задачами, изложенными в ст. 2 ФЗ об ОРД, и представлены в ней четырьмя блоками, которые мы условно назвали «антикриминальный», «розыскной», «обеспечения национальной безопасности» и «антикоррупционный». По замыслу законодателя, перечень этих целей отличает ОРД от других видов правоприменительной практики.

Попытаемся оценить их более предметно.

Для того, чтобы эффективно осуществлять ОРД, в первую очередь следует уяснить ее цели и задачи. И если цели ОРД достаточно предметно представлены в ст. 1 ФЗ об ОРД, то формулирование задач ОРД, на наш взгляд, оставляет у правоприменителя осадок, обусловленный недосказанностями и неточностями, допущенными законодателем.

Вместе с тем в этой части следует также остановиться на работе В.Ф. Луговика. Ранее мы уже отмечали, что сам факт появления такого документа и предложенные в нем прогрессивные идеи нуждаются в безусловных поощрении и поддержке на извилистом пути преобразования в законодательный акт.

В нем, как и многих других научных работах, содержатся отдельные мысли, не поддерживаемые существенной частью представителей

научной общественности. Например, в разделе «О концепции правового регулирования оперативно-разыскной деятельности» пояснительной записки к Кодексу автор отмечает следующее: «Оперативно-разыскное законодательство необходимо освободить от избыточных норм, носящих декларативный характер и не несущих правовой нагрузки. К таковым можно отнести ст. 1 (понятие ОРД), ст. 2 (задачи ОРД)¹ ныне действующего оперативно-разыскного закона».

Далее, в ч. 1 ст. 7 «Основные направления оперативно-разыскной деятельности», он указывает, что:

«1. Оперативно-разыскная деятельность осуществляется по следующим основным направлениям:

- 1) защита личности, общества, государства от противоправных посягательств;
- 2) выявление, предупреждение и раскрытие преступлений;
- 3) розыск лиц, идентификация лиц и трупов;
- 4) государственная защита потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц;
- 5) установление имущества, подлежащего конфискации;
- 6) обеспечение государственной, военной, экономической, информационной, экологической и общественной безопасности;
- 7) обеспечение безопасности органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, их оперативных подразделений и должностных лиц и их близких, а также лиц, оказывающих содействие этим органам и их близким;
- 8) обеспечение установленного порядка отбывания наказания;
- 9) антикоррупционное обеспечение государственной и муниципальной службы».

Оценка представленных в статье направлений ОРД позволяет сформулировать две мысли:

во-первых, автор в отличие от своего же вывода о необходимости исключения из закона задач ОРД просто переименовал их в направления;

во-вторых, он увеличил количество этих направлений, конкретизировав отдельные виды деятельности органов, осуществляющих ОРД².

¹ Закрепление задач ОРД – избыточные нормы? Вполне революционное суждение!

² Относительно необходимости иной редакции в законе задач ОРД мы уже высказывали свою позицию. См.: Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: проект.

Что касается первого вывода, то, по нашему мнению, такой подход к законотворческой деятельности неприемлем, и вот почему. Различные словарные определения сходятся в том, что задача – то, что требует исполнения, разрешения; проблема, требующая исследования и разрешения, цель, которую хотят достичь, вопрос, требующий нахождения решения по известным данным с соблюдением определенных условий. Таким образом, задача представляет собой определенную совокупность нуждающихся в разрешении проблем или требующих достижения целей.

Из этого можно заключить, что задачи ОРД – законодательно закрепленные цели, на достижение которых направлены действия оперативных подразделений государственных органов, осуществляющих ОРД.

Согласно действующей редакции ст. 2 ФЗ об ОРД, «задачами оперативно-розыскной деятельности являются:

выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших;

осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших;

добывание информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации;

установление имущества, подлежащего конфискации».

Оценка перечня задач, содержащихся в анализируемой статье, свидетельствует, что первая из них имеет антикриминальный характер, вторая связана с розыскной работой, третья заключается в обеспечении национальной безопасности, четвертая – в основном антикоррупционная.

Очевидно, что первая, вторая и четвертая задачи ориентированы преимущественно на борьбу с преступностью¹, а третья по порядку – на решение проблем обеспечения безопасности в государственной, военной, экономической, информационной и экологической сферах деятельности.

¹ К сожалению, далее в тексте ФЗ об ОРД законодатель проявляет непоследовательность, предлагая оперативным подразделениям решать и иные задачи, не связанные с противодействием преступности (см., например, ч. 2 и 3 ст. 7, ст. 8.1 закона).

Более подробный анализ задач ОРД нами уже проводился ранее¹, что исключает необходимость возвращаться к нему в данной работе. Остается только отметить, что термин «задача» является понятным и привычным как для правоприменителя, так и для простых обывателей. Иное отношение у указанных субъектов к термину «направление». В словаре Т.Ф. Ефремовой «направление» описывается как *линия движения в какую-либо сторону, путь развития, движение дел по инстанциям, участок фронта, откуда развиваются действия в определенную сторону, общественное, научное, литературное и т.п. течение, школа* (выделено нами – Н.Ж.)².

Не проводя углубленный анализ представленных определений, можно судить, что это не самое удачное описание исследуемой материи.

Нам представляется, что автор, заменив задачи на направления, не случайно избрал этот путь, дабы максимально приблизиться к стилю нормативного правового регулирования деятельности полиции. Действительно, в Федеральном законе «О полиции» (далее – ФЗ о полиции) вместо задач полиции перечислены 12 основных направлений ее деятельности, которые, по сути, и являются задачами. В связи с этим можно вспомнить слова классика: «А вы, друзья, как ни садитесь...»³.

Следует обратить внимание на еще одну проблему. Автор в качестве одного из направлений ОРД указывает «защиту личности, общества, государства от *противоправных посягательств*» (выделено нами. – Н.Ж.)», а другого – «обеспечение установленного порядка отбывания наказания».

Лексическое значение термина «противоправное посягательство» раскрывается через определения составляющих его слов. Так, противоправный означает противоречащий праву, закону⁴, а посягательство – попытка (незаконная или осуждаемая) сделать что-нибудь⁵. Таким образом термин «противоправное посягательство» характеризует попытку сделать что-нибудь противоречащее праву. К этому можно отнести не только преступления, но и иные правонарушения, например, граждан-

¹ Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник. С. 17-30.

² Ефремова Т.Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. 2 изд., стереотип. М.: Рус. яз., 2001. Т. 1. С. 951.

³ Крылов И.А. Басня «Квартет», 1911. Lib.ru : Русская классика.

⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. 4-е изд., доп. М.: «А ТЕМП», 2004. С. 624.

⁵ Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой, 4-е изд. стереотипное. М.: Рус. яз., 1996. С. 493.

ско-правовые деликты¹. Отсюда следует мысль, что автор допускает возможность проведения ОРМ не только с целью борьбы с преступностью, но и во многих иных случаях подготовки или совершения не криминальных, но противоправных действий. Наша точка зрения, о чем мы уже неоднократно писали², существенно отличается от авторского видения назначения ОРД.

Что касается обеспечения установленного порядка отбывания наказания, то это, безусловно, важная функция такого правоохранительного органа, как Федеральная служба исполнения наказаний. Вместе с тем представляется сомнительной необходимость ставить ее в один ряд с глобальной, на наш взгляд, задачей противодействия преступности.

Теперь о некоторых проблемах, присутствующих в нормах ст. 2 действующего закона.

В первом блоке – антикриминальном – перечислены наиболее существенные задачи, напрямую влияющие на достижение целей ОРД. Здесь к недостатку, на наш взгляд, следует отнести *отсутствие причастия в форме прошедшего времени – «подготовивших»*. Если следовать формуле законодателя, то оперативные подразделения должны выявлять и устанавливать только лиц, «подготавливающих, совершающих или совершивших» преступления. Как же поступать сотрудникам, когда преступление **уже** подготовлено? Следует ли подождать, пока подготовка перерастет в стадию совершения? Представляется, что ответ на эти вопросы будет однозначным: законодатель по какой-то причине пропустил в норме одно слово, что привело к нарушению не только смысла ОРД, но и самой логики борьбы с преступностью.

Еще более серьезным пробелом стало то, что в рассматриваемом блоке *не сформулирована задача выявления лиц, замышляющих совершение преступлений*. Здесь, видимо, законодатель пошел по пути использования аналогии с нормами материального права. Так, в уголовном законе существует ответственность за подготовку или совершение преступлений, но отсутствует ответственность за формирование криминальных замыслов. Проще говоря, кто-либо может замышлять любое преступление, но не подлежит за это уголовной ответственности до тех пор, пока не предпримет какие-нибудь приготовительные действия, оцениваемые уголовным законом как криминальные.

¹ В широком смысле деликт – это любой проступок или правонарушение, а в более узком – это все те деяния людей, которые противоречат нормам, указанным в гражданском законодательстве.

² Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект.

В теории ОРД смысл этой задачи несколько иной: сотрудники оперативных подразделений обязаны не только выявлять лиц, подготавливающих (подготовивших) или совершающих (совершивших) преступления, но и обеспечивать превентивную функцию на самой ранней стадии формирования преступного умысла – предупреждать не только подготавливаемые, но и замышляемые преступления. Более того, с позиции экономии ресурсов и предотвращения наступления преступных последствий значительно разумнее пресекать преступления на стадии формирования замысла, нежели ожидать каких-либо приговорительных действий. Ведь в том числе и для этого осуществляется оперативное обслуживание объектов и территорий. Однако поскольку в законе такая задача отсутствует, постольку оперативным подразделениям сложно доказать суду, прокуратуре, адвокатскому корпусу легитимность проведения ОРМ по выявлению лиц, замышляющих совершение преступлений.

Для устранения рассматриваемого пробела, на наш взгляд, достаточно в первом блоке задач ввести после слов «выявление и установление лиц» термин «замышляющих».

Недостатком второго блока – розыскного – можно считать *отсутствие в качестве одной из задач установления персонифицирующих данных* неопознанных трупов, личности больных, престарелых или малолетних, не могущих сообщить о своем местонахождении.

О том, что такая задача поставлена перед оперативными подразделениями, прямо свидетельствуют п. 10, 11 ч. 3 ст. 11, п. 13 ч. 1 ст. 13, и косвенно – п. 12 ч. 1 ст. 12, п. 10, 35 ч. 1 ст. 13 ФЗ «О полиции». В частности, в п. 13 ч. 1 ст. 13 рассматриваемого закона правом полиции выступает установление «личности гражданина, если имеются основания полагать, что он находится в розыске как скрывшийся от органов дознания, следствия или суда, либо как уклоняющийся от исполнения уголовного наказания, либо как пропавший без вести».

У непосвященных зачастую возникает вопрос: «Почему розыск лиц, не связанных с криминальными событиями, законодатель поручает органам, деятельность которых в соответствии со ст. 1 ФЗ об ОРД осуществляется в целях *защиты* жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств»?

Представляется, можно привести три более или менее весомых аргумента в пользу такого решения законодателя.

Во-первых, исчезновение человека вполне может быть связано с совершением в отношении него какого-либо преступления насильственного характера. И тогда задача по обнаружению лица пересекается с задачей по выявлению и раскрытию совершенного в отношении него пре-

ступления, что делает понятным непосредственное участие субъектов ОРД в поиске без вести пропавшего.

Во-вторых, исчезновение человека может быть последствием его собственного замысла, связанного с переходом на нелегальное положение. Причин этому может быть много, но продолжение жизнедеятельности обуславливает необходимость в добывании пищи, одежды и т.п., а нахождение на нелегальном положении – не позволяет сделать это легальным путем. И тогда зачастую возникает потребность в совершении с этой целью противоправных действий, а значит, опять налицо пересечение с задачей выявления и раскрытия преступной деятельности, что делает понятным непосредственное участие субъектов ОРД в поиске без вести пропавшего лица.

В-третьих, не все субъекты розыскной работы обладают одинаковыми возможностями. Так, участвующие в поиске преступника дознаватель и следователь могут осуществлять его исключительно с применением гласных средств и методов. Решающие же задачу поиска преступников и без вести пропавших субъекты ОРД обладают несопоставимыми с указанными должностными лицами средствами и методами как гласного, так и негласного характера. Возможно, именно поэтому розыск без вести пропавших отнесен к полномочиям оперативных подразделений государственных органов, осуществляющих ОРД.

Отдельной темой исследования может служить хоть и не использованное российским законодателем, но повсеместно применяемое в нормотворчестве¹, теории и практике ОРД словосочетание «установление личности неопознанных трупов». Теория давно сформулировала перечень качеств, традиционно присущих личности человека (*личность* – термин, обозначающий: 1) устойчивую систему социально значимых черт, характеризующих индивида как члена того или иного общества или общности; 2) индивидуального носителя этих черт как свободного или ответственного субъекта сознательной волевой деятельности)². Исходя из их анализа, следует сделать вывод, что ни один из этих признаков не может быть применен к трупу. Поэтому труп не является личностью, а значит, речь должна идти не об установлении личности неопознанного трупа, а об его персонификации (персонализации, идентификации).

¹ См., например: Инструкция об организации и тактике розыскной работы органов внутренних дел : приказ МВД РФ от 05.05.1993. Абз. 2 п.3. 4 главы 2 раздела 3; Положение об организации и осуществлении розыска и идентификации лиц : приказ МВД РФ, МЮ РФ, МЗ РФ, МЧС РФ, МО РФ, СК РФ от 01.03.2018 № 117 дсп/40 дсп/ 88н/82дсп/114дсп/17дсп. П. 119, 128, 131-134, 139.2, 141-142, 144, 151-156.

² Философский энциклопедический словарь / редкол. С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-оглы, Л.Ф. Ильичев и др.; 2-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1989. С. 313.

По нашему мнению, следует изменить редакцию второго блока задач, дополнив его формулировкой: «...установление личности больных, престарелых или малолетних, не могущих сообщить о своем местонахождении, персонификация неопознанных трупов».

Безусловно, к очередному пробелу законотворческой деятельности относится формулировка третьего блока задач ОРД – многоаспектного обеспечения безопасности Российской Федерации. Очевидно, что *его содержание не может ограничиваться лишь добыванием информации*, поскольку ОРД основывается на непрерывности процесса добывания и использования оперативно значимых сведений. Мы полагаем, что для устранения отмеченного пробела достаточно термин «добывание» дополнить словосочетанием «и использование».

Что касается последнего блока задач ОРД – антикоррупционного – то следует сначала объяснить, почему именно такое условное название было ему присвоено. Во-первых, его появление в ФЗ об ОРД свидетельствует о реальном (а не формальном) возрождении иной меры уголовно-правового воздействия – конфискации. Во-вторых, хотя конфискация еще недавно рассматривалась как одно из средств, направленных на подрыв экономической основы терроризма, абсолютно понятно, что она представляет не меньшую (а, скорее всего, большую) угрозу для благосостояния коррупционеров. В-третьих, с учетом повсеместно декларируемого усиления борьбы с коррупцией компетентным органам необходимо будет устанавливать имущество, подлежащее конфискации, а без использования оперативно-розыскных возможностей субъектов ОРД сделать это представляется крайне затруднительным.

Учитывая закрепленный в ст. 7 ФЗ об ОРД достаточно широкий спектр оснований для осуществления ОРМ, решение данной задачи может достигаться и в том случае, когда уголовное преследование конкретного лица (лиц) еще не осуществляется.

И последнее: зарубежная практика применения рассматриваемой меры уголовно-правового воздействия свидетельствует об усилении ее значимости в деле снижения мотивации к незаконному обороту наркотиков. Речь идет о лишении наркотрафикантов и их близких имущества и денежных средств, полученных преступным путем, с последующей передачей государственным, в том числе правоохранительным структурам, и общественным организациям.

Институт конфискации имущества известен российскому уголовному законодательству с древности. На протяжении длительного времени она выступала в качестве основного или дополнительного наказания, была полной или частичной, широко использовалась или вообще исключалась из законодательства и правоприменительной практики.

Позиции российских ученых относительно целей конфискации имущества в зависимости от ее вида существенно различаются. Однако их можно сгруппировать следующим образом:

- недопущение извлечения пользы из имущества, полученного в результате преступлений;
- воспрепятствование легализации такого имущества;
- устранение возможности использования имущества для финансирования организованной преступности;
- изъятие из обращения средств и орудий преступления для исключения возможности их повторного использования;
- создание возможности возмещения ущерба, нанесенного преступлением;
- реализация предупредительной функции¹.

Каковы же основные цели конфискации имущества в противодействии, например, наркопреступности?

На протяжении тысячелетий на различных континентах и в разных странах наркотики негативно отражались на здоровье общества, сеяли болезни и смерть, но одновременно позволяли отдельным лицам сказочно обогащаться на их изготовлении, трафике и сбыте.

Очевидно, что именно меркантильные соображения² заставляли тогда и побуждают сегодня заниматься этим криминальным бизнесом огромную армию изготовителей, транспортировщиков, дилеров наркотических средств и психотропных веществ.

Как и в прошлые времена, так и сегодня лучшие (вернее сказать, наиболее заинтересованные) умы человечества ищут пути минимизации наркотрафика и его последствий. И, представляется, что такой путь уже найден³ и с успехом применяется в отдельных государствах – это конфискация имущества⁴.

¹ Лишение... плодов преступления... делает бессмысленной саму преступную деятельность. См.: Михайлов В.И. Конфискация имущества // Энциклопедия уголовного права. Т. 12 Иные меры уголовно-правового характера. СПб.: Издание профессора Малинина, 2009. С. 377.

² Предположительно мировой наркотрафик оценивается в восемьсот миллиардов долларов ежегодно.

³ Следует отметить, что существуют и иные пути противодействия этому злу – в частности, в ряде государств Южной Америки (основное производство кокаина осуществляется в Колумбии, Перу и Боливии) достаточно успешно действуют программы замещения выращивания коки (листья коки являются основным ингредиентом при изготовлении наркотика) кофе и какао с дотациями государством этого процесса.

⁴ О конфискации имущества см. подр.: Лопашенко Н.А. Конфискация имущества : монография. М.: Юрлитинформ, 2012.

Действительно, если наркотики производят и реализуют для получения дохода, необходимо сформировать правовую систему, при которой любые ценности (деньги, имущество) лица, криминальная деятельность которого доказана в установленном законом порядке, изымались бы в доход государства, если указанное лицо не сможет доказать, что эти ценности приобретены им законным путем.

Следует отметить, что во многих европейских странах успешно применяется подход, при котором доказывание законного происхождения доходов или другой собственности, подлежащих конфискации, перенесено на нарушителя, совершившего преступление.¹ Данное положение также предусмотрено п. 7 ст. 5 Конвенции ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ и п. 7 ст. 12 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности.

Производные от этого положения нормы реализуются в ряде государств². Так, в Норвегии выработана следующая методика противодействия отмыванию средств, добытых преступным путем: вместо презумпции невиновности для лиц, отмывающих полученный незаконным путем доход, законодатель ввел презумпцию виновности. Таким лицам необходимо перед своими налоговыми органами документально отчитаться о происхождении денег³.

В числе сторонников такого подхода надо выделить и Италию с ее антимафиозным уголовным законодательством, согласно которому возможна конфискация всего имущества у лица, подозреваемого в причастности к мафии.⁴

Как видим, это работает в так называемых цивилизованных странах. А что же происходит на другой стороне света?

Исследования свидетельствуют, что в государствах Латинской Америки, где наркотрафик является поистине бичом современности, в

¹ Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах : научно-практический комментарий. – Красноярск: СибЮИ МВД России, 2007.

² Подр.: Железняк Н.С. О необходимости законодательной корректировки принципа территориальности для осуществления международных оперативно-розыскных операций // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. 2014. № 3(16). С.7-11.

³ См.: Институт конфискации имущества в законодательстве государств – членов Совета Европы и в российском законодательстве : материалы Международного семинара / отв. ред. С.В. Землюков. Барнаул : Изд-во Алт. ун-та, 2008.

⁴ См.: Уголовное право. Актуальные проблемы теории и практики: сб. очерков / под ред. В.В. Лунеева. М.: Юрайт, 2010.

деле конфискации имущества пошли дальше цивилизованной Европы¹. Во-первых, как и в Старом Свете, конфискация имущества активно применяется в судебной практике. Во-вторых, конфискуется собственность, принадлежащая не только привлеченному к уголовной ответственности лицу, но и его близким². Это мотивирует последних в случае получения информации о криминальных замыслах или действиях родственника либо попытаться оказать на него позитивное воздействие с целью отказа последнего от преступной деятельности, либо, если первое невозможно – проинформировать правоохранительные органы об участии данного лица в наркобизнесе. В-третьих, в правовой системе указанных государств в отношении наркотрафикантов, коррупционеров и их близких действует презумпция виновности, в соответствии с которой имущество конфискуется, если указанные лица не смогут доказать, что являющиеся предметом конфискации ценности приобретены ими законным путем. И, наконец, в-четвертых, изъятое имущество и денежные средства не просто конфискуются в доход государства, а используются для повышения эффективности работы правоохранительных органов и общественных организаций, оказывающих им помощь противодействие преступности.

Так, в Белизе изъятое у преступников имущество передается государственным органам, в частности, судебным и полицейским ведомствам. В Боливии конфискованное у наркотрафикантов имущество (недвижимость, транспорт) передается полиции для использования в правоохранительной деятельности. В Гватемале оно делится между заинтересованными ведомствами с преобладающей долей министерства обороны. В Гондурасе изъятое имущество и денежные средства распределяются между правоохранительными органами и содействующими им организациями. В Доминиканской Республике конфискованное имущество и денежные средства передаются правоохранительным органам в следующей пропорции: 50% – антинаркотическому ведомству, 20% – полиции, остальные – иным правоохранительным структурам. В Коста-Рике изъятое у наркотрафикантов имущество после приговора суда распределяется между полицейскими и иными правоохранительными органами, а также общественными организациями, обеспечивающими про-

¹ Железняк Н.С., Медведев И.А. Особенности подготовки инструкторами ФСКН России наркополицейских стран Латинской Америки в рамках выездных тренингов // Оперативник (сыщик). 2015. № 2 (43). С. 64-66.

² Подобную конфискацию имущества у «третьих лиц» предлагают и российские исследователи. См.: Пропостин А.А. Конфискация имущества как мера борьбы с преступностью: прошлое, настоящее, будущее : дис. ... канд. юрид. наук. Томск: ТГУ, 2010.

филактику наркозависимости. В Никарагуа это имущество передается полицейским структурам и судебным органам. В Чили конфискованное имущество распределяется следующим образом: транспортные средства передаются полиции, остальное имущество реализуется на аукционах, денежные средства расходуются на благотворительность. В Эквадоре конфискованное у наркотрафикантов имущество передается государству, по ходатайству полиции отдельные объекты могут быть переданы ей для использования в борьбе с преступностью¹. В Перу изъятое у наркотрафикантов имущество в определенной пропорции распределяется между правоохранительными ведомствами.

Собранная и систематизированная информация свидетельствует, что в значительной части стран Латинской Америки эффективным средством снижения мотивации к незаконному обороту наркотиков выступает лишение наркотрафикантов имущества и денежных средств, полученных преступным путем.

Перенесение в российское законодательство опыта зарубежных стран² позволит лишить наркодилеров не только полученных ими незаконных доходов, но и исключить возможность финансирования дальнейшей преступной деятельности.

Вместе с тем при всей очевидной полезности такой рекомендации, она видится недостаточно эффективной.

Действительно, конфискация нажитого криминальным путем имущества и денежных средств в существенной степени демотивирует наркотрафиканта к продолжению преступной деятельности и минимизирует его возможности в расширении наркобизнеса³. Однако практика борьбы с криминалом (особенно с наркопреступлениями и коррупцией) демонстрирует целый набор приемов, применяемых преступниками, для защиты от государственных притязаний приобретенных незаконным путем ценностей и иного имущества. Как правило, для этого земли, здания, фирмы, дома, авиационный, морской и автомобильный транспорт,

¹ Тот факт, что в вышеуказанном перечне из тридцати трех стран Латинской Америки пока присутствует только треть, не означает, что в других, не охваченных настоящим исследованием государства порядок конфискации и распоряжения имуществом наркотрафикантов другой, просто он пока еще нами не изучен.

² Подр.: Железняк Н.С. Оценка необходимости принятия нового закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Актуальные проблемы профилактики наркомании и противодействия правонарушениям в сфере легального и незаконного оборота наркотиков : материалы XI международной научно-практической конференции : в 2 ч. / отв. ред. И.А. Медведев. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2013. Ч. 2. С. 225-242.

³ Мы уже не говорим о реальной угрозе для указанного лица по приговору суда значительное время провести в местах изоляции от общества.

акции, счета и пр. оформляются на родственников и близких лиц. В существующей, например, в России правовой ситуации суды не вправе без веских на то доказательств не только конфисковать подобное имущество, но и наложить на него арест. В итоге даже при привлечении к уголовной ответственности преступник остается реальным владельцем такого имущества и в дальнейшем может распоряжаться им по своему усмотрению.

Позиция законодателей латиноамериканских государств в данном случае представляется более выигрышной, поскольку, с одной стороны, почти исключает возможность защиты добытого криминальным путем имущества от его конфискации, с другой – побуждает родных и близких наркотрафиканта к оказанию на него профилактического воздействия и отказа в участии в его бизнесе с целью избежания преследования со стороны государства и, наконец, с третьей – мотивирует правоохранительные органы к успешной борьбе с преступностью, позволяющей укреплять материальную базу полицейских структур для опять же дальнейшего воспроизводства эффективной правоохранительной деятельности.

Примером тому могут служить следующие факты.

В Республике Никарагуа целый ряд изъятых у наркотрафикантов домовладений с земельными и садовыми территориями переданы наркополиции: в одних из них расположены различные подразделения (например, управление по расследованию наркопреступлений, спецназ), в других содержатся изъятые и применяемые в борьбе с наркопреступностью транспортные средства (яхты, катера, грузовые и легковые автомобили, дельтапланы и т.д.).

В Республике Перу комплекс зданий, ранее принадлежавший создавшему авиакомпанию для прикрытия своего наркобизнеса и впоследствии привлеченному к уголовной ответственности преступнику, сегодня задействован DIRANDRO¹.

Естественно, это далеко не полный список имущества, переданного полиции, но реальные примеры его практического использования для решения правоохранительных задач.

Такие меры широко распространены в государствах Латинской Америки – Белиз, Боливия, Бразилия, Гватемала, Гондурас, Доминиканская Республика, Колумбия, Коста-Рика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу, Сальвадор, Чили, Эквадор².

¹ Наркополиция Республики Перу.

² Железняк Н.С. Некоторые особенности оперативной обстановки и противодействия наркопреступности в странах Латинской Америки : обзор. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2017.

Характеристика недостатков, содержащиеся в предписаниях рассматриваемой статьи ФЗ об ОРД, позволила обнаружить еще один *недостаток, связанный с отражением в ней не всех задач, вытекающих из сути ОРД или «растворенных» законодателем в других статьях нормативного правового акта.*

Во-первых, речь идет о практически реализуемой, но не закреплённой в законе (но уже отмечавшейся нами выше) миссии оперативных подразделений по оперативному обслуживанию криминогенных объектов и территорий. Традиционно оперативная работа сыскных подразделений в зависимости от различных факторов строится по объектово-отраслевому или зональному (территориальному) принципам. Исследование практики последних лет позволяет сделать вывод, что в городах, как правило, используется первый из них, в малонаселенной местности – второй. Оперативное обслуживание объектов, отраслей и территорий не только позволяет сотрудникам оперативных подразделений изучить оперативную обстановку в курируемых образованиях: места пребывания лиц, представляющих оперативный интерес, категории и способы совершения преступлений, факторы, способствующие криминальной деятельности и т.п., но и предметно осуществлять основную функцию – предотвращение и раскрытие преступлений, розыск скрывающихся преступников. Отсутствие в законе задачи по оперативному обслуживанию криминогенных объектов и территорий не позволяет сотрудникам оперативных подразделений опережать действия преступников – своевременно выявлять их замыслы и поступки, устранять способствующие совершению преступлений условия, проводить грамотные разработки, проще говоря, легально осуществлять ОРД при отсутствии информации о подготавливаемом или совершенном криминальном событии.

Во-вторых, постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации, выступает ст. 7 ФЗ об ОРД в качестве основания для проведения ОРМ, в ч. 2 этой статьи отмечается, что органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий вправе также собирать данные, необходимые для принятия решения по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД. В ст. 14 ФЗ об ОРД перед указанными органами в форме обязанности ставится задача содействовать обеспечению в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, безопасности и сохранности имущества своих сотрудников, лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим ОРД, участников уголовного судопроизводства, а также членов семей и близких указанных лиц от преступных посягательств. И, наконец, в ст. 18 ФЗ

об ОРД отмечается, что при возникновении реальной угрозы противоправного посягательства на жизнь, здоровье или имущество отдельных лиц в связи с их содействием органам, осуществляющим ОРД, а равно членов их семей и близких, эти органы обязаны принять необходимые меры по предотвращению противоправных действий, установлению виновных и привлечению их к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации. Таким образом, задача обеспечения безопасности лиц, подлежащих государственной защите, является такой же зримой и значимой, как и ныне указанные в ст. 2 ФЗ об ОРД.

В ходе исследования различных путей в деятельности по определению задач органов, осуществляющих ОРД, нельзя не обратиться к работе В.Ф. Луговика, который в ОРК вместо задач ОРД предложил ее направления, отмеченные нами ранее.

Оценивая подход автора к формулированию основной части рассматриваемого законодательного предписания, несложно заметить, что первая и шестая позиции являются целями ОРД, указанными в ст. 1 ФЗ об ОРД, вторая, третья и пятая – выступают в качестве отмеченных в ст. 2 задач органов, осуществляющих ОРД, четвертая представлена в ст. 7 ФЗ об ОРД, седьмая – частично в ч. 10 ст. 8 ФЗ об ОРД, девятая – частично просматривается в ст. 2 ФЗ об ОРД. И только «обеспечение установленного порядка отбывания наказания», как задача оперативных подразделений, видится нам новой и, возможно, приемлемой.

На основании вышеизложенного, следует предложить подготовленный нами вариант рассматриваемой статьи закона.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 3. Задачи оперативно-розыскной деятельности¹

Задачами оперативно-розыскной деятельности являются:

1. Выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а также выявление и установление лиц, их замышляющих, подготавливающих, подготовивших, совершающих или совершивших.

2. Осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся-

¹ Здесь и далее в предлагаемой редакции используется нумерация статей авторского проекта ФЗ об ОРД, в котором ст. 2 посвящена основным понятиям, используемым в законе. См.: Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект.

ся от уголовного наказания, а также розыска без вести пропавших.

3. Оперативное обслуживание криминогенных объектов и территорий.

4. Установление имущества, подлежащего конфискации.

5. Добывание и использование информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

6. Обеспечение безопасности лиц, подлежащих государственной защите.

Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности

Оперативно-розыскная деятельность основывается на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, а также на принципах конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

ОРД, как и любой другой деятельности государственных органов, присущи как закрепленные в нормативных правовых актах, так и не содержащиеся в них определенные принципы, которые обязаны соблюдать должностные лица этих органов.

Под **принципами** понимаются *основные правила, требования, предъявляемые к данному роду деятельности.*

Принципы ОРД подразделяются на общие (конституционные) и специальные (отраслевые) и являются отражением специфических закономерностей в области борьбы с преступностью, которая ведется с помощью оперативно-розыскных сил, средств и методов.

В ст. 3 ФЗ об ОРД законодатель определил в качестве основных принципов ОРД принципы законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств. Это ни в коей мере не отвергает разработанные теорией другие принципы, в том числе сформулированные в федеральных законах «О полиции», «О федеральной службе безопасности», «О внешней разведке» или в авторских работах¹.

Закономерности, присущие демократическому обществу, статуса которого добивается Россия, находят отражение в таких общих принципах ОРД, как законность, уважение и соблюдение прав и свобод человека и гражданина.

Закономерности ОРД как одного из видов социальной практики лежат в основе специальных (отраслевых) принципов этой деятельности: конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

Рассмотрим их более предметно.

Принцип **законности** приобретает особое значение в свете требований Конституции России, ФЗ об ОРД, федеральных законов «О поли-

¹ Так, В.Ф. Луговик в ОРК (Луговик В.Ф. Указ. соч. Ст. 9-17) посвятил принципам девять статей, назвав кроме упоминаемых в ФЗ об ОРД такие принципы, как право на истребование информации о проведении оперативно-розыскных мероприятий, наступательность, обеспечение негласности сотрудничества с лицами, обеспечение безопасности оперативно-розыскных органов и участников уголовного судопроизводства, их родственников или близких лиц, равенство перед законом. Все эти положения (кроме наступательности) так или иначе отражены в различных статьях ФЗ об ОРД.

ции», «О внешней разведке», «О федеральной службе безопасности» и некоторых других. Принцип законности является, безусловно, универсальным и основополагающим в деятельности всех государственных и общественных органов и организаций. Использование его в ОРД означает:

- точное и неуклонное исполнение в процессе осуществления ОРМ законов, предписаний нормативных правовых актов федеральных органов государственной власти по вопросам борьбы с преступностью; ведомственных нормативных правовых актов органов, осуществляющих ОРД;

- соответствие ведомственного нормативного правового регулирования действующему законодательству, полноту и четкость регламентации наиболее сложных институтов ОРД;

- принятие оперативно-розыскных мер, обеспечивающих предупреждение и пресечение преступлений, их своевременное обнаружение и раскрытие;

- розыск скрывшихся преступников и без вести пропавших лиц, обеспечение безопасности общества и государства.

Обеспечение законности в ОРД возможно при реализации многих факторов. К числу наиболее значимых из них следует отнести:

- высокий уровень правосознания (общего и профессионального) сотрудников оперативных подразделений;

- постоянное совершенствование правовой и морально-этической основ ОРД и соответствующих отношений между ее субъектами;

- строгое соблюдение и исполнение должностными лицами законов и подзаконных актов при получении первичной информации, ее проверке и реализации; привлечении граждан к конфиденциальному содействию (сотрудничеству); проведении оперативной проверки (разработки) и т.п.;

- наличие юридической ответственности сотрудника как определенной совокупности правовых отношений между ним и государством;

- правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, и граждан, оказывающих им содействие в борьбе с преступностью;

- укрепление престижа государственной сыскной службы.

Учет этих факторов в совокупности позволяет в ходе ОРД обеспечивать законность принимаемых решений и осуществляемых действий.

Принцип законности неразрывно связан с принципом **уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина**. Конституционные права и свободы граждан священны и неприкосновенны. Но осуществление прав и свобод неразрывно связано с исполнением каждым граж-

данином обязанностей перед обществом. Главная из них – не использовать предоставленные права и свободы в ущерб другим гражданам¹.

Важнейшей обязанностью граждан является также соблюдение законов. Нарушение их предписаний влечет использование государством мер воздействия, направленных на предупреждение и пресечение правонарушений. Применение таких мер, в свою очередь, неизбежно приводит к определенным ограничениям прав и свобод граждан. Эти ограничения предусмотрены как в Конституции России, так и в законах, издаваемых в развитие ее отдельных положений. Например, уголовно-процессуальное законодательство предусматривает возможность задержания граждан в качестве подозреваемых в соответствии со ст. 91 и 92 УПК РФ, производство обысков и выемок в порядке ст. 182, 183 УПК РФ и т.п.

Обязывая органы дознания принимать оперативно-розыскные и иные необходимые меры для предупреждения, пресечения и обнаружения преступлений или их признаков, уголовно-процессуальное законодательство не определяет перечень и характер этих мер. Они даны в ФЗ об ОРД (ст. 6, 7, 8, 9 и 10). Право решения вопросов организации и тактики ОРМ делегировано оперативным подразделениям и руководителям, уполномоченным на осуществление ОРД.

Необходимо иметь в виду, что закон, как и подзаконные акты, не может дать исчерпывающего перечня мер, приемов, специальных технических средств, которые используются или могут быть использованы для предотвращения и раскрытия преступлений. Эти нормативные правовые акты не могут содержать и всеобъемлющих указаний о порядке применения оперативно-розыскных средств и методов в различных жизненных ситуациях.

Однако при осуществлении ОРМ оперативные подразделения должны строго руководствоваться положениями, сформулированными в соответствующих статьях ФЗ об ОРД (своеобразные оперативные «десять заповедей»).

1. Недопустимо осуществление ОРД для достижения целей и задач, не предусмотренных данным законом; любой гражданин имеет право обжаловать действия государственных органов и истребовать сведения о характере полученной в отношении него информации; указанные органы обязаны представить судье оперативно-служебные документы, а лицу – соответствующие сведения, уничтожить материалы в отношении тех, чья виновность в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке (ст. 5 ФЗ об ОРД).

¹ Согласно ч. 3 ст. 17 Конституции РФ «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

2. В ходе проведения ОРМ разрешается применение лишь таких технических средств, которые не наносят ущерба жизни и здоровью людей и не причиняют вреда окружающей среде (ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД).

3. В рамках ОРД используется содействие отдельных лиц с их согласия (ч. 5 ст. 6, ч. 1 ст. 15, ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД).

4. Существуют особые условия проведения отдельных ОРМ, предусмотренные ст. 8 ФЗ об ОРД.

5. Недопустимо использование материалов оперативной проверки в качестве основания для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина (ч. 3 ст. 10 ФЗ об ОРД).

6. Перечень органов, уполномоченных на осуществление ОРД, ограничен законом (ст. 13 ФЗ об ОРД).

7. Органы, осуществляющие ОРД, обязаны принимать все необходимые меры по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечению безопасности общества и государства (п. 1 ст. 14 ФЗ об ОРД).

8. Органам, осуществляющим ОРД, для решения ее задач предоставлены соответствующие права (ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД).

9. Должностным лицам органов, осуществляющих ОРД, а также содействующим им лицам обеспечена социальная и правовая защита (ст. 16, 18 ФЗ об ОРД).

10. Непременным условием обеспечения законности и уважения прав и свобод личности являются постоянный и действенный контроль, а также прокурорский надзор за исполнением законов органами, осуществляющими ОРД (ст. 20, 21, 22 ФЗ об ОРД).

Характеризуя точность изложения рассматриваемого принципа, нельзя не обратить внимание на возможность его совершенствования.

В ч. 9 ст. 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» ФЗ об ОРД отмечается «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».

Как мы видим, наряду с правами и свободами человека и гражданина в формулировке закона возникает еще один термин – *законные интересы*. Что же он означает?

Личные интересы указанных лиц могут сосредоточиваться как в положительной, так и в отрицательной части спектра существующих и возникающих вновь потребностей. Проще говоря, интересы личности

можно дифференцировать на одобряемые обществом, государством – и порицаемые ими. Первые влияют на определение прав и обязанностей индивида, вторые – противоречат принятым обществом правилам и нормам.

Интересы приобретают статус законных (в узком смысле), если они урегулированы нормами права или (в широком смысле) не противоречат им. Причем в определенной части они совпадают с правами и свободами человека (например, интерес трудиться – и право на труд, желание избирать, быть избранным – и избирательное право, потребность в получении наследства – и право наследования и т.п.). Можно заключить, что законные интересы во многом близки к таким понятиям, как права и свободы, и отличаются от них лишь тем, что первые (интересы) характеризуются проявлением желания лица, а вторые (права и свободы) – наличием такой возможности.

Цивилизованное общество должно поддерживать позитивные стремления людей, а не только предоставлять им соответствующие возможности. Поэтому представляется логичным сформулировать второй из принципов ОРД следующим образом: «уважение и соблюдение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина».

Что же касается примененного в законодательном установлении термина *юридические лица*, полагаем его наличие в статье, посвященной правам и свободам человека и гражданина, излишеством, свидетельствующем о недостаточно высоком качестве сформулированного предписания.

Принцип **конспирации**¹ вытекает из специфического характера использования оперативно-розыскных сил, средств и методов для предупреждения и раскрытия преступлений, совершаемых преступниками тайно, замаскированными способами, розыска скрывающихся преступников.

Конспиративность обеспечивается различными мерами, и прежде всего путем оптимального использования штатными гласными и негласными сотрудниками оперативных подразделений негласных ОРМ, приемов легендирования и средств маскировки. При этом важным является соблюдение положений нормативных правовых актов, устанавливающих правила обеспечения режима секретности и делопроизводства в процессе ОРД. Особое значение имеет обеспечение конспирации в работе с конфидентами. В этом смысле весьма поучительным и достойным внимания представляется отношение к конфидентам начальника охран-

¹ Конспирация (от лат. *conspiratio* – заговор) – сохранение в тайне. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: АЗЪ, 1996. С. 285.

ного отделения царской полиции Сергея Зубатова: «Вы, господа, должны смотреть на сотрудника, как на любимую женщину, с которой вы находитесь в нелегальной связи. Берегите ее, как зеницу ока. Один неосторожный шаг, и вы ее опозорите. Помните это, относитесь к этому так, как я вам советую, и они поймут вас, доверятся вам и будут работать честно и самоотверженно».

ФЗ об ОРД, ФЗ «О полиции» и некоторые другие законодательные акты содержат запрет на разглашение данных, составляющих государственную и служебную тайну. Озабоченность в этом смысле законодателя вполне понятна. ОРМ зачастую осуществляются при наличии скудных, неясных, а нередко и противоречивых исходных данных. Конспиративное их использование направлено на то, чтобы в результате ОРМ не было преждевременно скомпрометировано лицо, в отношении которого они проводятся.

Следует также помнить, что сохраняются в тайне и полученные в процессе служебной деятельности сведения, затрагивающие честь и достоинство граждан, если интересы правосудия не требуют иного. Любая расшифровка методов негласной работы и источников оперативной информации может привести к серьезным отрицательным последствиям – невозможности разоблачить преступников, реальной угрозе жизни и здоровью конфиденентов и др. Конспирация обеспечивается также и строгим ограничением круга лиц, допущенных к ознакомлению с оперативными материалами.

Механизм реализации принципа конспирации раскрывается в отдельных нормах ФЗ об ОРД, в частности, в положениях, согласно которым органы, осуществляющие ОРД, обязаны по требованию судьи предоставить ему оперативно-служебные документы, содержащие соответствующие сведения, в том числе и секретного характера, однако за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, штатных негласных сотрудниках, конфидентах, об организации и тактике проведения ОРМ (ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД); прокурор вправе истребовать от органов, осуществляющих ОРД, оперативно-служебные документы (ч. 2 ст. 21 ФЗ об ОРД), но не может получить сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках и конфидентах (ч. 3 ст. 21 ФЗ об ОРД).

Соблюдение принципа конспирации в известной степени обеспечивается реализацией предоставленного права собирать данные, необходимые для принятия решений о допуске отдельных лиц к сведениям, составляющим государственную тайну (п. 1 ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД), к участию в ОРД или доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления (п. 3 ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД), и т.п.

Соблюдение конспирации при решении задач ОРД закон возвел в обязанность оперативных подразделений (п. 5 ст. 14 ФЗ об ОРД). В то же время этим органам предоставлено право «использовать для этого документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, сотрудничающих с этими органами на конфиденциальной основе» (п. 4 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД).

Реализация принципа конспирации предусмотрена в положениях указанного закона, определяющих другие права органов при осуществлении ОРД (ст. 15 ФЗ об ОРД), а также регламентирующих отдельные аспекты конфиденциального содействия граждан этим органам (ст. 17, 18 ФЗ об ОРД).

Сочетание гласных и негласных методов и средств в борьбе с преступностью как принцип закреплен в ФЗ об ОРД (ст. 3) и на практике обусловлен рядом обстоятельств. Сочетание гласных и негласных методов и средств определяется необходимостью:

- использовать разнообразные силы и средства в борьбе с преступностью;
- подтверждать негласно полученные сведения гласными материалами, что позволяет при решении вопроса о возбуждении уголовного дела указать на открытые процессуальные источники возможных судебных доказательств (лица, которые могут выступать в качестве свидетелей, предметы и документы, которые могут быть доказательствами, и т.п.);
- тщательно зашифровывать конфиденциальные источники получения информации о замышляемых, подготавливаемых или совершаемых преступлениях и т.д.

Использование лишь гласных мер не позволяет достигать целей правосудия в полном объеме, и наоборот, одни негласные меры не всегда могут обеспечить решение этих задач. Кроме того, противопоставление одних мер другим усложняет работу, ведет к неоправданным затратам, а иногда и к риску расшифровки негласных сил, средств и методов в борьбе с преступностью.

Как показывает практика, эффективное решение задач борьбы с преступностью обеспечивается комплексным применением оперативно-розыскных сил, средств и методов, оптимальным сочетанием гласных и негласных мероприятий. Это сочетание определяется с учетом реально складывающейся оперативной обстановки и задач, стоящих перед орга-

нами, осуществляющими ОРД. При этом не должны быть нарушены иные принципы ОРД.

Однако и этот принцип, представляется, сформулирован не идеально. Во-первых, на наш взгляд, *правомерным было бы упоминание в нем сил ОРД*, поскольку ни средства, ни методы без сил применяться не могут. Об этом косвенно напоминает фрагмент формулировки ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД: «Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах...». Во-вторых, законодатель в нормативном правовом акте *не показал соотношения методов ОРД и ОРМ*, что породило определенные проблемы как в теории, так и практике ОРД. Данный вывод подтверждается тем, что в тексте закона лишь однажды упоминается термин «метод» (ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД), а словосочетание «ОРМ» – шестьдесят пять раз. Очевидно, что метод как способ действий присущ любому ОРМ. Вместе с тем в теории ОРД встречаются методы, представляющие собой совокупность ОРМ.

Для устранения упомянутых пробелов, по нашему мнению, следует изменить формулировку последнего из рассматриваемых принципов следующим образом: «сочетание средств, методов и оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых гласно и негласно с использованием соответствующих сил».

Соблюдение отмеченных выше исходных положений должностными лицами органа, осуществляющего ОРД, – гарантия эффективности и законности их действий при осуществлении своих полномочий.

Таким образом, важной предпосылкой осуществления ОРД является соблюдение содержащихся в законе принципов, под которыми понимаются основные правила, требования, предъявляемые к данной роду деятельности. В связи с этим предлагаемая нами совокупность правовых норм, посвященных принципам ОРД, будет выглядеть следующим образом.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 4. Принципы оперативно-розыскной деятельности

Оперативно-розыскная деятельность основывается на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также на принципах конспирации, сочетания средств, методов и оперативно-розыскных мероприятий, осуществляемых гласно и негласно с использованием соответствующих сил.

Статья 4. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности

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.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, издают в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Организация и тактика проведения органами внутренних дел Российской Федерации, таможенными органами Российской Федерации, Федеральной службой исполнения наказаний оперативно-розыскных мероприятий (кроме наблюдения, проводимого на открытой местности, в транспортных средствах и общественных местах) с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, определяются ведомственными нормативными правовыми актами, согласованными с Федеральной службой безопасности Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

В данном разделе необходимо охарактеризовать существующую нормативную правовую регламентацию задач ОРД, выявить недостатки, так или иначе влияющие на оперативно-розыскную практику, оценить возможности по оптимальной корректировке законодательных норм.

В связи с этим следует отметить, что любой вид государственной деятельности, а особенно деятельности, так или иначе существенно ограничивающей права граждан, должен быть четко регламентирован в законодательных и подзаконных нормативных правовых актах.

Правовая основа деятельности – фундаментальная часть правового регулирования возникающих в ней общественных отношений. Причем правовая основа – это не единая часть всех источников правового регулирования оперативно-розыскных отношений, а только важнейший фрагмент одного из них – нормативного правового акта. Таким образом, **правовую основу ОРД** можно определить как *совокупность содержащихся в законодательных и подзаконных нормативных правовых актах правил и предписаний, регламентирующих организацию и осуществление ОРД.*

В ч. 1 ст. 15 Конституции РФ отмечается: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации».

Таким образом, в систему правовых норм, регулирующих ОРД, входят правила и предписания, установленные нормативными правовыми актами различной юридической силы. Совокупность этих актов в области ОРД (их насчитывается несколько сотен) в соответствии с представленными выше положениями закона можно систематизировать в четыре группы (в зависимости от юридической силы и роли, которую они играют в регулировании оперативно-розыскной работы):

- Конституция РФ;
- законы и иные нормативные правовые акты высших законодательных органов;
- подзаконные нормативные правовые акты высших исполнительных органов (например, указы Президента РФ, постановления Правительства РФ);
- межведомственные и ведомственные нормативные правовые акты (приказы, утверждающие инструкции, наставления, указания органов, осуществляющих ОРД, прокуратуры РФ и т.п.);

Итак, правовую основу ОРД составляют:

- Конституция РФ;
- ФЗ об ОРД;
- другие федеральные законы;
- принятые в соответствии с этими законами иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти;
- нормативные правовые акты органов, осуществляющих ОРД, прокуратуры РФ и т.п.

Конституция РФ и ее законодательные акты фиксируют и частично раскрывают лишь базисные положения рассматриваемого вида деятельности. Конкретизация ее содержится в ведомственных нормативных правовых актах, которые согласно ч. 2 ст. 4 ФЗ об ОРД издаются органами, осуществляющими ОРД, в пределах их полномочий и в соответствии с законодательством Российской Федерации. К таким актам следует отнести объявленные ведомственными приказами наставления, инструкции, положения, отражающие основы или отдельные аспекты организации и тактики ОРД. Подавляющее большинство указанных документов имеет гриф ограниченного использования, поскольку содержащиеся в них сведения составляют государственную тайну.

Законодатель в ст. 2 ФЗ об ОРД достаточно системно представил совокупность правовых источников, регламентирующих осуществление ОРД в Российской Федерации.

Вместе с тем следует отметить, что и эти, на первый взгляд, выверенные нормы, отражающие правовую основу ОРД, на наш взгляд, нуждаются в корректировке.

Первым из нормативных недостатков, по нашему мнению, является *отсутствие в числе источников правовой основы ОРД, указанных в ч. 1 комментируемой статьи, принципов и норм международного права.*

Российская Федерация относится к государствам, признающим обязательность установлений международного права с включением в собственные правовые системы не только международных договоров, но и общепризнанных принципов и норм международного права¹. Поэтому принципы международного права рассматриваются сегодня как наиболее общие основы, определяющие его главное содержание. Они служат критерием правомерности поведения государства, и считаются юридически обязательными, если принимаются и признаются международным сообществом в целом, включая государство, на территории которого будут действовать.

В связи с этим в предписании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ отмечается: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Следовательно, для устранения существующего пробела правомерно словосочетание «Правовую основу ОРД составляют...» дополнить фразой «общепризнанные принципы международного права, международные договоры Российской Федерации...» и далее по тексту.

Вместе с тем здесь следует обратить внимание на проблему, связанную с определением приоритета нормативных правовых актов Российской Федерации и ее международных договоров.

По мнению группы депутатов Государственной Думы, обратившихся в Конституционный Суд Российской Федерации (далее – КС РФ) в порядке ст. 125 (п. «а» ч. 2) Конституции РФ, отдельные законоположения ряда российских законодательных актов не соответствуют Конституции РФ, ее ст. 15 (части 1, 2 и 4) и 79, поскольку фактически обязывают Россию, ее органы законодательной, исполнительной и судебной власти к безусловному исполнению постановления Европейского

¹ См.: ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1 ст. 63, ч. 2 ст. 67, ст. 69 Конституции РФ.

Суда по правам человека – даже в случае, если оно противоречит Конституции РФ¹.

По итогам рассмотрения данной проблемы КС РФ принял следующее решение: «Государственные органы, на которые возложена обязанность по обеспечению выполнения Российской Федерацией международных договоров, участницей которых она является, – *придя к выводу о невозможности исполнить* вынесенное по жалобе против России **постановление Европейского Суда по правам человека вследствие того, что в части, обязывающей Российскую Федерацию к принятию мер индивидуального и общего характера, оно основано на положениях Конвенции о защите прав человека и основных свобод в истолковании, приводящем к их расхождению с Конституцией Российской Федерации**, – правомочны обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации для решения вопроса о возможности исполнения постановления Европейского Суда по правам человека и принятия мер индивидуального и общего характера, направленных на обеспечение выполнения данной Конвенции; в случае если Конституционный Суд Российской Федерации придет к выводу, что постановление Европейского Суда по правам человека, поскольку оно основано на Конвенции о защите прав человека и основных свобод в истолковании, противоречащем Конституции Российской Федерации, **не может быть исполнено**, такое постановление в этой части не подлежит исполнению».

Таким образом, международные договоры России, несмотря на отсутствие на это прямого указания в ст. 4 ФЗ об ОРД, являются источником правовой основы ОРД в части, не противоречащей Конституции РФ, и занимают в иерархии нормативных правовых актов второе место после высшего нормативного правового акта Российской Федерации.

Еще одним пробелом, на наш взгляд, является *применение в рассматриваемой статье разных, причем не совпадающих по своим лекси-*

¹ См. : По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы Депутатов государственной думы : постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П. Здесь и далее, если иное не оговорено, нормативные правовые акты и решения судов Российской Федерации находятся в СПС КонсультантПлюс.

ческим значениям терминов, описывающих правовые источники ОРД. Так, к ним законодатель в ч. 1 относит нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, в ч. 2 – нормативные акты органов, осуществляющих ОРД, в ч. 3 – ведомственные нормативные правовые акты; в ч. 3 ст. 6 – межведомственные нормативные акты; в ч. 3 ст. 7 – нормативные правовые акты Российской Федерации; в ч. 3 ст. 9 – ведомственные нормативные акты; в ч. 5 ст. 10 – нормативные акты органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность; в ч. 5 ст. 11 – ведомственные нормативные акты; в ч. 7 ст. 18 – нормативные правовые акты Российской Федерации; в ст. 21 – ведомственные нормативные правовые акты; в ст. 23 – нормативные правовые акты.

Таким образом в ФЗ об ОРД словосочетание «нормативные правовые акты» упоминается четыре раза, «нормативные акты» – семь раз. Поэтому, наверное, сначала следует установить, являются ли идентичными либо отличными друг от друга рассматриваемые понятия. С этой целью целесообразно исследовать различные подходы к ним в области отечественного правоведения.

Одни авторы (Н.И. Матузов, А.В. Малько, А.Ф. Черданцев, П.М. Бабенко, В.В. Лазарев, С.В. Липень, Л.А. Морозова, В.И. Хропанюк и некоторые другие) используют анализируемые термины как синонимы. Вот как об этом пишет М.Н. Марченко: «Среди многочисленных форм (источников) права важное место занимают нормативно-правовые акты государственных органов. Для краткости их нередко называют нормативными актами»¹.

Другие исследователи в своих работах неукоснительно придерживаются термина «нормативно-правовой акт»² или «нормативный правовой акт»³.

Третья, относительно немногочисленная группа авторов предлагает рассматривать нормативные акты в качестве одной из разновидностей нормативных правовых актов, имеющей, как правило, подзаконный характер. Например, В.Е. Крутских поясняет, что «нормативно-правовые акты подразделяются на законы, нормативные акты (органов) исполнительной власти, нормативные акты органов конституционного контроля

¹ Теория государства и права : курс лекций / под ред. М.Н. Марченко. М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. С. 342.

² См., напр., Азаров Н.И. Теория государства и права : конспекты лекций и методические указания. М.: Международный университет бизнеса и управления, 2001; Рябинин Н.А., Тетерятников Н.Ю. Теория государства и права : словарь основных понятий. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2003.

³ См.: Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Правовые акты : учебно-практ. и справ. пособие. М., 1999.

(надзора), парламентские регламенты и постановления, акты (органов) местного самоуправления»¹. Подобный подход во многом обуславливается официальными дефинициями правотворческих органов. И хотя в отечественном законодательстве нет определений исследуемых нами понятий, зато есть достаточно распространенный термин «нормативный документ», который широко используется в законодательных и подзаконных актах, где иногда ему дают официальное толкование, подразумевая под ним подзаконные акты нормативного содержания органов публичной власти².

Представляется, наиболее точную характеристику нормативных документов как содержащих локальные корпоративные нормы, дают Ю.А. Тихомиров и И.В. Котелевская, указывая, что «нормативные акты, принимаемые нередко вопреки ФЗ..., ведут к приоритету локальных норм. Они порождаются эгоцентрическими и сугубо корпоративными интересами»³.

Мы же, исходя, в первую очередь, из лексического значения представленных терминов (нормативный правовой и нормативный акты), придерживаемся точки зрения, базирующейся на нижеследующих аргументах.

Словосочетание «нормативный правовой акт» содержит в себе следующие составляющие элементы:

акт – закон, указ государственных органов, документ⁴;

нормативный – устанавливающий правила⁵;

правовой – см. право – совокупность устанавливаемых государственной властью юридических норм и правил, регулирующих отношения людей в обществе⁶.

С учетом данных словарных определений нормативный правовой акт представляет собой юридический документ, содержащий в себе определенные предписания, обязательные для исполнения.

Словосочетание «нормативный акт» содержит в себе следующие элементы:

акт – закон, указ государственных органов, документ;

¹ Энциклопедический юридический словарь / под общ. ред. В.Е. Крутских. 2-е изд. М.: ИНФРА-М, 1998. С. 131-132.

² См., напр., определение термина «нормативные документы» в ст. 1 Федерального закона от 02.01.2000 № 29 «О качестве и безопасности пищевых продуктов» // СЗ РФ. 2000. № 2, ст. 150.

³ Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В. Указ. соч. С. 26-27.

⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 21.

⁵ Там же. С. 421.

⁶ Там же. С. 577.

нормативный – устанавливающий правила.

Следовательно, это документ, содержащий в себе какие-либо правила. Вместе с тем в нем отсутствует характеристика, подтверждающая юридическую, правовую природу этого документа и приводящая к заключению о необязательности исполнения содержащихся в нем положений.

Из этого можно сделать вывод, что применительно к документам, обеспечивающим законодательное или подзаконное регулирование ОРД, представляется единственно верной конструкция «нормативный правовой акт», которая должна применяться во всех случаях указания на правовую природу происходящих в этой сфере процессов.

Действующая в России система правовых актов основана на принципе верховенства актов, обладающих большей юридической силой. Поэтому для устранения указанного пробела, на наш взгляд, достаточно дать законодательное определение исследуемых понятий, позволяющее идентифицировать их как разнопорядковые либо синонимичные.

Рассматриваемая формулировка, на наш взгляд, имеет еще и существенный *пробел, связанный с предметом нормативного правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с организацией и тактикой проведения ОРМ*. Во-первых, оперативные подразделения используют для решения поставленных перед ними задач различные аспекты ОРД, а не только организационно-тактические. Во-вторых (и мы это уже отмечали ранее во многих работах¹, да и в данной монографии), ОРМ являются стержнем ОРД, но не единственным ее элементом. В-третьих, даже если бы речь шла только об ОРМ, кроме их непосредственного проведения сотрудники оперативных подразделений осуществляют также подготовку ОРМ, оформление их результатов с последующим использованием в борьбе с преступностью. Таким образом, на наш взгляд, оптимальным вместо примененного законодателем было бы следующее завершающее норму словосочетание «... регламентирующие ОРД».

Введенная в ст. 4 ФЗ об ОРД в 2015 г. и скорректированная в 2016 г. ч. 3 сформулирована следующим образом: «Организация и тактика проведения органами внутренних дел Российской Федерации, таможенными органами Российской Федерации, Федеральной службой исполнения наказаний оперативно-розыскных мероприятий (кроме наблюдения, проводимого на открытой местности, в транспортных средствах и общественных местах) с использованием специальных технических средств,

¹ См., напр.: Железняк Н.С., Васильев А.Д. «Черные дыры» и «белые пятна» Федерального закона об оперативно-розыскной деятельности»: юридические и лингвистические аспекты : монография. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2009.

предназначенных для негласного получения информации, определяются ведомственными нормативными правовыми актами, согласованными с Федеральной службой безопасности Российской Федерации».

Анализ содержания этого предписания приводит к выводу о том, что упоминание в нем об организации и тактике некоторой совокупности ОРМ с использованием специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, и взаимодействии в этой части с Федеральной службой безопасности Российской Федерации позволяет предложить перенесение этой нормы в ст. 6 ФЗ об ОРД. Идеальным же вариантом представляется регламентация этого процесса в межведомственном нормативном правовом акте указанных выше субъектов ОРД.

С учетом отмеченных в тексте настоящей работы замечаний рассматриваемую статью следует представить в иной редакции.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 5. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности

1. Правовую основу оперативно-розыскной деятельности составляют Конституция Российской Федерации, международные договоры и иные международные акты России, настоящий Федеральный закон, другие федеральные законы и принятые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти.

2. Указанные в статье 6 закона государственные органы издают в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные правовые акты, регламентирующие оперативно-розыскную деятельность.

Статья 5. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности

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.

Не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд.

Лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, то есть в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано либо уголовное дело прекращено в связи с отсутствием события преступления или в связи с отсутствием в деянии состава преступления, и которое располагает фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий и полагает, что при этом были нарушены его права, вправе истребовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. В случае, если будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если указанное лицо полагает, что сведения получены не в полном объеме, оно вправе обжаловать это в судебном порядке. В процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

В целях обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

В случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные частью четвертой настоящей статьи.

Полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, хранятся один год, а затем уничтожаются, если служебные интересы или правосудие не требуют иного. Фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания, о чем составляется соответствующий протокол. За три месяца до дня уничтожения материалов, отражающих результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных на основании судебного решения, об этом уведомляется соответствующий судья.

Органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается:

проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения;

принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и незапрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности;

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;

подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (провокация);

фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности.

При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, проку-

пор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и законных интересов, возмещению причиненного вреда.

Нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Права и свободы человека и гражданина выступают одной из наиболее значимых конституционных ценностей в Российской Федерации. Поэтому ст. 5 «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности» является одной из самых больших по объему и важных по значению статей ФЗ об ОРД. Следует отметить, что в этом смысле ФЗ об ОРД – едва ли не единственный законодательный акт, в котором вопросы обеспечения прав личности выделены в отдельную статью и подвергнуты столь подробной регламентации. Целью создания этой совокупности правовых норм явилось небезосновательное стремление законодателя к достижению такого положения, при котором оперативные подразделения и их сотрудники в ходе проведения оперативно-розыскных и иных мероприятий должны строго придерживаться рамок, определенных законом.

Для этого в законе выстроен своеобразный защитный механизм, с помощью которого любое лицо, полагаящее, что действия органов, осуществляющих ОРД, привели к нарушению его прав и свобод, может обжаловать эти действия в вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурору или в суд¹.

В положении ч. 1 ст. 5 ФЗ об ОРД зафиксирована обязанность оперативных подразделений соблюдать права человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни и жилища, а также на тайны: личную, семейную и корреспонденции.

Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну – одно из основных прав гражданина, закрепленное в ст. 23 Конституции РФ, нередко формулируемое как право на защиту данных (или персональных данных), подразумевающее обеспечение интересов личности и ее права активно защищать себя² от неправомерных попыток

¹ См., напр.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Идалова Тимура Саид-Магомедовича на нарушение его конституционных прав рядом статей Уголовно-процессуального кодекса РСФСР и частью второй статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 № 290-О.

² Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

собирать о себе информацию, хранить досье, т.е. делать человека потенциальной жертвой (например, преследований, шантажа) специальных государственных органов, преступных групп, других граждан и их сообществ. Аналогичный смысл этого права усматривает и КС РФ: «Право на неприкосновенность частной жизни (статья 23, часть 1, Конституции Российской Федерации) означает предоставленную человеку и гарантированную государством возможность контролировать информацию о самом себе, препятствовать разглашению сведений личного, интимного характера. В понятие «частная жизнь» включается та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер»¹.

В ст. 9 «Ограничение доступа к информации» Федерального закона от 27.07.2006 №149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» фиксируется следующее: «Запрещается требовать от гражданина (физического лица) предоставления информации об его частной жизни, в том числе информации, составляющей личную или семейную тайну, и получать такую информацию помимо воли гражданина (физического лица), если иное не предусмотрено федеральными законами»².

В силу того, что большинство ОРМ осуществляются преимущественно в тайне от проверяемого лица и так или иначе направлены на сбор, хранение и использование информации о конкретной персоне и ее поступках (не всегда проявляющихся как криминальные), в рамках ОРД следует использовать п. 3 ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, согласно которому 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». Проще говоря, специфика ОРД такова, что в момент сбора информации в отношении проверяемого лица сотрудникам оперативного подразделения весьма сложно сразу разделить полученные данные на свидетельствующие о пре-

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Захаркина Валерия Алексеевича и Захаркиной Ирины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом «б» части третьей статьи 125 и частью третьей статьи 127 уголовного исполнительного кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 09.06.2005 № 248-О.

² Данное предписание является производным от положения ч. 1 ст. 24 Конституции РФ, согласно которому сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются.

ступной деятельности либо относящиеся к частной жизни фигуранта. Поэтому осуществляется добывание любых сведений, которые могут пролить свет на причастность данного лица к подготовке или совершению преступлений, а в процессе их дальнейшего анализа проводится классификация по указанным выше группам. Сведения, относящиеся к частной жизни лица¹, не подлежат дальнейшему использованию. Что же касается информации о преступной деятельности, то она соответствующим образом проверяется и реализуется с целью решения задач ОРД.

Соответственно, не требуется и согласия лица на сбор, хранение и использование информации о его противоправном поведении, не относящейся к его частной жизни. Незамедлительное же уничтожение такой информации делало бы бессмысленным проведение оперативно-розыскных мероприятий и противоречило бы публичным интересам, для защиты которых осуществляется оперативно-розыскная деятельность².

Право на неприкосновенность жилища – одно из прав гражданина, закрепленное в ст. 25 Конституции РФ, заключающееся в запрете на проникновение в жилище против воли проживающих там лиц иначе как в случаях, установленных федеральными законами или на основании судебного решения.

Термин «жилище» упоминается в ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 8 и ч. 1 ст. 9 ФЗ об ОРД, однако дефиниция, раскрывающая данное понятие, отсутствует, что на практике зачастую неблагоприятно сказывается на решении задач ОРД. Этот недостаток проявляется в первую очередь на этапе подготовки ОРМ при определении субъектами ОРД уровня санкционирования мероприятия.

В ст. 25 Конституции РФ отмечается: «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». Анализ данной нормы свидетельствует, что запрет на проникновение в жилище против воли проживающих в

¹ Преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, 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 РФ. См.: По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой : определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О.

² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Борисенко Николая Николаевича на нарушение его конституционных прав частью седьмой статьи 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 19.07.2016 № 1671-О.

нем лиц имеет два исключения: случаи, установленные федеральным законом, и наличие судебного решения. Общий подход к возможности ограничения указанных ценностей федеральным законом выражен в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в которой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Что касается судебного разрешения на ограничение рассматриваемого права, то основания для его вынесения и процедурные вопросы зафиксированы в соответствующих профильных законодательных актах (в частности, в ст. 7-9 ФЗ об ОРД). Таким образом, следует констатировать, что в целом проблема неприкосновенности жилища как одного из основных прав человека и гражданина нашла достаточное отражение в российском законодательстве.

В рамках осуществления правоохранительных процедур все вроде бы ясно – при наличии оснований получайте соответствующее судебное разрешение на ограничение рассматриваемого конституционного права и действуйте согласно наработанным оперативно-розыскным методикам для получения требуемого результата. Однако до настоящего времени законодателем не до конца урегулирован вопрос об отнесении тех или иных помещений к категории жилища. В различных законодательных актах одинаковой силы определение понятия жилища существенно отличаются.

В ст. 2 «Основные понятия» Закона РФ от 25.06.1993 № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» отмечается: *место жительства – жилой дом, квартира, комната, жилое помещение специализированного жилищного фонда либо иное жилое помещение, в которых гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору найма специализированного жилого помещения либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, и в которых он зарегистрирован по месту жительства*¹. Местом жительства гражданина, относящегося к коренному малочисленному народу Российской Федерации, ведущего кочевой и (или) полукочевой образ жизни и не имеющего места, где он постоянно или преимущественно проживает, в соответствии с настоящим Законом может быть признано

¹ Здесь и далее выделено нами. – Н.Ж.

одно из поселений, находящихся в муниципальном районе, в границах которого проходят маршруты кочевий данного гражданина»¹.

Таким образом, рассматриваемый законодательный акт связывает понятие жилища с такими категориями, как *собственник, наниматель, наличие иных законных оснований, регистрация по месту жительства*.

В ст. 15 «Объекты жилищных прав» Жилищного кодекса РФ (далее – ЖК РФ) и Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) представлены совершенно одинаковые дефиниции: «1. Объектами жилищных прав являются жилые помещения. 2. Жилым помещением признается изолированное помещение, которое является недвижимым имуществом и пригодно для постоянного проживания граждан (отвечает установленным санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства)». Отсюда вывод: профильный закон (ЖК РФ) и ГК РФ связывают характеристику **жилого помещения** с его *изолированностью, принадлежностью к недвижимому имуществу, пригодностью для постоянного проживания граждан, связанной с санитарными и техническими правилами и нормами, иными требованиями законодателя*.

В примечании к ст. 139 УК РФ под жилищем понимается «*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 входящее в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания*».

Согласно п. 10 ст. 5 УПК РФ к жилищу относится «*индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания*».

Таким образом, в первом из законодательных актов к жилью относятся объекты, входящие в жилищный фонд и пригодные для постоянного или временного проживания или не входящие в него, но предназначенные для временного проживания, во втором – используемые для

¹ **Место пребывания** – гостиница, санаторий, дом отдыха, пансионат, кемпинг, туристская база, медицинская организация или другое подобное учреждение, учреждение уголовно-исполнительной системы, исполняющее наказания в виде лишения свободы или принудительных работ, либо не являющееся местом жительства гражданина Российской Федерации жилое помещение, в которых он проживает временно.

постоянного или временного проживания, независимо от принадлежности к жилому фонду¹.

Семантический анализ выделенных терминов позволяет судить, что пригодный – нужный, полезный, годящийся для чего-либо; предназначенный – определенный для какой-нибудь цели; используемый – употребляемый с пользой. Следовательно, два первых понятия говорят о предназначении объекта для постоянного или временного проживания, последнее – об его использовании в этих целях. Исходя из отмеченного различия, можно сделать вывод, что в первом из законодательных актов акцент сделан на предназначение и пригодность объекта для проживания, во втором же – на его утилитарность, что позволяет отнести к жилищу, например, шалаш, землянку и т.п.

Продолжая исследование иных законодательных актов, мы обнаруживаем, что в гражданском и жилищном законодательстве понятие «жилище» вообще отсутствует и подменяется словосочетанием «жилые помещения».

Так, п. 2 ст. 288 ГК РФ указывает, что жилые помещения предназначены для проживания граждан. Однако в комментарии к данному нормативному правовому акту мы находим, что *под жилым помещением, законченное строительством и принятое в установленном порядке в эксплуатацию, подлежащее кадастровому и техническому учету (инвентаризации)*. Таким образом, гражданское законодательство подходит к данному вопросу с позиций надлежащего оформления соответствующих документов для приобретения жилым помещением статуса объекта недвижимого имущества.

Аналогичная картина наблюдается и в жилищном законодательстве. Например, ст. 3 ЖК РФ имеет наименование «Неприкосновенность жилища», однако ни в нормах, содержащихся в статье, ни в других положениях закона дефиниция понятия жилища не сформулирована. Вместе с тем логика изложения содержания ч. 1 ст. 1 «Основные начала жилищного законодательства» позволяет сделать вывод, что *законодатель проводит аналогию между термином «жилище» и словосочетанием «жилое помещение»*: «жилищное законодательство основывается на необходимости обеспечения... условий для осуществления гражданами права на жилище..., а также на признании равенства участников регулируемых жилищным законодательством отношений (далее – жилищные

¹ Существование этой проблемы автор отмечал и ранее: Железняк Н.С. О законодательном регулировании обследования жилища // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сборник материалов международной научной конференции (16-17 февраля 2006 г.) : в 2 ч. / отв. ред. С.Д. Назаров. Красноярск, 2006. Ч. 2. С. 189.

отношения) по владению, пользованию и распоряжению жилыми помещениями..., на необходимости обеспечения... сохранности жилищного фонда и использования жилых помещений по назначению». Виды таких помещений перечислены в ст. 16 рассматриваемого закона, где **к ЖИЛЫМ помещениям** относят жилой дом, часть жилого дома; квартиру, часть квартиры; комнату¹.

В ФЗ об ОРД термин «жилище» (без расшифровки его содержания) употребляется в ч. 1 ст. 5, ч. 2 ст. 8, ч. 1 ст. 9, а словосочетание «жилое помещение» (также без расшифровки его содержания) – в ч. 3 ст. 15.

В ФЗ «О полиции» «жилище» (без расшифровки его содержания) упоминается в п. 14 ст. 13 и ч. 1 ст. 15, «жилое помещение» (также без расшифровки его содержания) – в названии ст. 15 и ее чч. 2-8, названии ст. 16 и ее ч. 4, ч. 3 ст. 23, ч. 1 ст. 44.

Это, видимо, означает, что в указанных законах термины «жилище» и «жилое помещение» используются как синонимы.

Таким образом, исследование отраслевого законодательства применительно к определению понятия «жилище» позволяет сделать вывод о вариативности подхода законодателя или вообще отсутствии необходимого определения понятия, что создает предпосылки для неоднозначных оценки авторами² и использования правоприменителем рассматриваемых юридических норм.

¹ В соответствии со ст. 16 ЖК РФ «2. **Жилым домом** признается индивидуально-определенное здание, которое состоит из комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком здании. 3. **Квартирой** признается структурно обособленное помещение в многоквартирном доме, обеспечивающее возможность прямого доступа к помещениям общего пользования в таком доме и состоящее из одной или нескольких комнат, а также помещений вспомогательного использования, предназначенных для удовлетворения гражданами бытовых и иных нужд, связанных с их проживанием в таком обособленном помещении. 4. **Комнатой** признается часть жилого дома или квартиры, предназначенная для использования в качестве места непосредственного проживания граждан в жилом доме или квартире».

² Например, в конституционном праве «комплекс недвижимости, находящийся на земельном участке, принадлежащем собственнику, в который входят непосредственно жилой дом и отдельно стоящие нежилые помещения (сарай и гараж), как огороженная отдельно частная собственность охраняется режимом неприкосновенности и охватывается понятием «жилище». См. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2011 //СПС КонсультантПлюс.

И хотя существуют различные мнения ученых относительно понятия категории «жилище»¹, пока вопрос об отнесении того или иного помещения к жилому решается путем принятия актов высших судов Российской Федерации.

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ 12.10.2005 вынесла решение, в котором, в частности, отметила: «Согласно положениям Федерального закона от 20.03.2001 № 26-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод» **под жилищем понимается:**

1) *индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями;*

2) *жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания;*

3) *иное помещение или строение, не входящие в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания»*².

Несколько иной, более расширенный подход демонстрирует Пленум Верховного Суда СССР, относя к жилищу «*помещение, предназначенное для постоянного или временного проживания людей (индивидуальный дом, квартира, комната в гостинице, дача, садовый домик и т.п.), а также те его составные части, которые используются для отдыха, хранения имущества либо удовлетворение иных потребностей человека (балконы, застекленные веранды, кладовые и т.п.)*. Не могут признаваться жилищем помещения, не предназначенные и не приспособленные для постоянного или временного проживания (например, обособленные от жилых построек погреба, амбары, гаражи и другие хозяйственные помещения)»³.

¹ См., напр.: В уголовном процессе к жилищу должно быть отнесено «любое помещение или строение, не только предназначенное, приспособленное для временного проживания, но и используемое для проживания. Янкин А.Н. Реализация принципа неприкосновенности жилища при производстве следственных действий : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 7; Признак используемости приводит к необоснованному расширению понятия «жилище». Так, для временного проживания возможно использовать коридоры, крыши, естественные укрытия природы (пещеры»). Винокуров В.Н. Значение непосредственного объекта преступления, предусмотренного ст. 139 УК РФ, для определения понятия «жилище» // Уголовное право. 2006. № 1. С. 19.

² Определение Верховного Суда РФ от 12.10.2005 по делу № 14-Г05-25.

³ О судебной практике по делам о преступлениях против личной собственности : постановление Пленума Верховного Суда СССР от 05.09.1986 № 11.

Иная позиция представлена в одном из решений КС РФ: «В Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации ... установлено, что к понятию "жилище" относятся индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания (пункт 10 статьи 5).

По смыслу названной нормы, условием отнесения нежилых помещений и строений, не входящих в жилой фонд, к жилищу является факт их использования для временного проживания. Сама по себе данная норма направлена на обеспечение реализации статьи 25 Конституции Российской Федерации в сфере уголовно-процессуального законодательства, *не исключает гарантии неприкосновенности в отношении хозяйственных построек, находящихся на территории индивидуального домовладения*, а потому не может рассматриваться как нарушающая конституционные права...»¹.

И хотя в решении суда в качестве возможного жилища названы лишь хозяйственные постройки, находящиеся на территории индивидуального домовладения, российская находчивость (как и пробелы в праве) может привести к ситуации, когда «иным помещением или строением, не входящим в жилищный фонд, но используемым для временного проживания» будут выступать землянка, шалаш или палатка в лесу, собачья конура, помещение на участке теплотрассы и т.п. Означает ли это, что при необходимости провести обследование указанных объектов сотрудникам оперативного подразделения будет вменяться обязанность получения соответствующего судебного разрешения для ограничения права лица на неприкосновенность жилища?

Сравнительно-правовой анализ норм различных законодательных актов применительно к категории «жилище» и толкования сущности этого термина высшими судами Российской Федерации приводит к выводу о необходимости четкого понимания правоприменителем содержания этого понятия и обнаружения юридически грамотного выхода из существующей ситуации.

Рассмотренная нами выше вариативность подхода к сути жилища подтверждает мысль о том, что в правоохранительной, в том числе опе-

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Котовой Светланы Евгеньевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 10 статьи 5 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 12.05.2005 № 166-О.

ративно-розыскной, практике зачастую рождаются проблемы, связанные с тем, что конкретный вид деятельности регулируется предписаниями разных, но равных по уровню нормативных правовых актов. В этом случае подавляющее число правоприменителей традиционно используют те правовые положения, которые их больше удовлетворяют. В связи с этим возникают ситуации, когда проведенное сыщиком в конкретных условиях мероприятие оценивается им как правомерное, однако иные участники правоохранительного процесса (в первую очередь, надзирающий прокурор, защитник) придерживаются диаметрально противоположной точки зрения. Что касается судьи, то практика показывает отсутствие у него в большинстве случаев собственной позиции. Поэтому в данных обстоятельствах он скорее всего будет придерживаться линии одной сторон, кажущейся ему наиболее обоснованной. Однако эта позиция зачастую может противоречить закону или законам логики. Такие ситуации возникают, в первую очередь, из-за того, что отмеченные дипломированные юристы в подавляющем большинстве недостаточно активно совершенствуют свой профессиональный уровень посредством изучения не только законодательных актов, но и толкования отдельных их предписаний высшими судами.

В соответствии со ст. 6 «Обязательность решений Конституционного Суда Российской Федерации» Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» «решения Конституционного Суда Российской Федерации **обязательны 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».

Так, в тексте постановления КС РФ от 29.06.2004 № 13-П «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» *определены два правила разрешения конкуренции норм в отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы. Первое правило* формулируется как «lex posterior derogat priori» («последующий закон отменяет предыдущие»). Это означает, что даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон. *Второе правило* определяется следующим образом: *вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений.*

Осуществим попытку применить данные правила к рассматриваемой нами ситуации.

Первое правило, гласящее о приоритете предписаний закона, принятого позже предыдущих, регулирующих данные отношения (или упоминающих о них), примененное к понятию жилища, позволяет сделать вывод, что из рассмотренных нами кодифицированных законодательных актов: УК РФ (1996 г.), УПК РФ (2001 г.), ГК РФ (1994 г.) и ЖК РФ (2004 г.) самым «свежим» является последний. А это, наверное, означает, что именно определение понятия «жилище (жилое помещение)» может быть положено в содержание этого объекта при осуществлении любых (в том числе оперативно-розыскных) мер и действий.

Использование второго правила о приоритете закона, специально предназначенного для регулирования соответствующих отношений (*независимо от времени принятия*), к сожалению, тоже не дает четкого ответа на поставленный вопрос.

С одной стороны, сущность жилища (жилого помещения) прямо раскрыта в ЖК РФ (ч. 2 ст. 15), и это вроде бы должно означать приоритет данного предписания над положениями иных законодательных актов, поскольку именно ЖК РФ регулирует отношения применительно к категории «жилище»¹.

С другой стороны, ЖК РФ регулирует лишь вопросы частного, а не публичного права, к которому относится полицейская деятельность. ФЗ об ОРД и ФЗ «О полиции» вообще не дают определения искомого понятия, нормы УК РФ (примечание к ст. 139) и УПК РФ (п. 10 ст. 5), имеющие существенные противоречия и не позволяющие однозначно определить содержание категории «жилище», регулируют отношения в области уголовной юстиции и должны использоваться при осуществлении квалификации преступления и уголовно-процессуальных действий. И это позиция не только автора настоящей работы². Так, И.А. Одношевин справедливо отмечает, что «специфика предметов правового регулирования в различных областях права не позволит сформулировать универсальное определение понятию «жилище», которое могло бы использоваться на практике во всех отраслях правоприменения»³.

Выходом из создавшейся ситуации, на наш взгляд, может быть дополнение жилищного законодательства дефиницией, четко формули-

¹ Правда, в жилищной сфере.

² Подр.: Помазкова С.И. О понятии жилища и его значение для законности современного сыска // Оперативник (сыщик) 2005. № 1 (2). С. 10-13.

³ Одношевин И.А. Понятие «жилище» и его значение для уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1234.

рующей понятие «жилище», с одновременным исключением подобных определений из иных законодательных актов и фиксацией в них бланкетных норм, отсылающих правоприменителя к профильному закону. Однако специалисты по жилищному праву вряд ли придут в восторг от данного предложения, поскольку, по их мнению, понятие «жилище» (в отличие от жилого помещения) не представляет для них ни нормативного, ни прикладного интереса.

Вместе с тем в постановлении КС РФ от 21.05.2013 № 10-П «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» отмечается следующее: «Определение оснований и условий применения принудительных мер медицинского характера к лицам, совершившим в состоянии невменяемости деяния, запрещенные уголовным законом, либо оснований передачи необходимых материалов органам здравоохранения для решения вопроса о лечении этих лиц или направлении их в психоневрологические учреждения социального обеспечения в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации о здравоохранении, находится в сфере уголовно-правового регулирования и уголовно-правовых отношений. Следовательно, *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*». Таким образом, КС РФ признает приоритет материального права над процессуальным, что в нашем случае, очевидно, означает главенство формулировки понятия жилище в УК РФ над его определением, представленным в УПК РФ.

Применительно к соблюдению конституционных прав граждан при осуществлении ОРД наличествует вторая проблема такого ОРМ, как «обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» (применительно к жилищу). Это расхождение во взглядах авторов на право органов, осуществляющих ОРД, проникать в жилище *против воли проживающих там граждан* при наличии соответствующего судебного решения. Что касается негласного оперативно-розыскного проникновения в жилище в отсутствие проживающих там лиц, то все авторы единодушны в том, что при наличии соответствующего судебного решения такие действия легитимны.

Когда же речь заходит о санкционированном судом гласном проникновении сотрудников оперативного подразделения в жилище с преодолением волеизъявления или физического сопротивления находящихся там лиц, ряд авторов (А.Ю. Шумилов, А.Е. Чечётин и некоторые другие) отрицают такую возможность в принципе, используя в качестве аргумента позицию о том, что гласное обследование жилища может проводиться *с согласия* присутствующих при этом проживающих в нем совершеннолетних дееспособных лиц.

Нам представляется, что оперативно-розыскное законодательство в этой части не видит различия между гласным и негласным обследованием жилища. При проведении данного мероприятия используется одно обеспечивающее права личности основное правило – санкционирование судьей такого обследования. В связи с этим возникает вопрос: почему при негласном обследовании жилища нас не интересует согласие на это указанных выше лиц, а при гласном – мы должны его испрашивать?

В оперативно-розыскной практике возникают ситуации, когда такое обследование необходимо до возбуждения уголовного дела с целью получения фактических данных, свидетельствующих о подготовке или совершении преступления, либо решения иных задач ОРД. Согласно точке зрения отмеченных авторов, осуществление рассматриваемого мероприятия в гласной форме в этом случае без согласия указанных лиц невозможно, что, на наш взгляд, противоречит, во-первых, соответствующим нормам ст. 7, 8 ФЗ об ОРД, во-вторых, положениям ст. 15 «Вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории» ФЗ «О полиции», в соответствии с которым ей предоставляется такое право «для задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления, для пресечения преступления».

Более того, наши доводы, представляется, можно подтвердить и нормами уголовно-процессуального закона. Например, предписание ч. 5 ст. 177 УПК РФ «Порядок производства осмотра» гласит: «осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или *на основании судебного решения*». Данная формулировка свидетельствует о том, что законодатель предлагает две возможности осмотра жилища (значит, и проникновения в него): согласие проживающих в нем лиц или наличие судебного решения.

Полагаем, что регламентация ФЗ об ОРД проникновения в жилище не может иметь кардинальных отличий от регламентации такого проникновения в сфере уголовного процесса, поскольку и в том, и в другом случаях речь идет об одном и том же – ограничении одного из конституционных прав граждан.

Аналогичные проблемы возникают и при определении критериев неприкосновенности жилища. Как отмечалось выше, право на неприкосновенность жилища – одно из прав гражданина, закрепленное в ст. 25 Конституции РФ, заключающееся в запрете на проникновение в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральными законами или на основании судебного решения. И если в значительном количестве федеральных законов это право нашло отражение (УК РФ, УПК РФ, ГК РФ, ЖК КФ, ФЗ об ОРД, ФЗ «О полиции» и т.п.), то воплощение его в сфере противодействия криминальным проявлениям представляет определенную сложность. Речь идет об определении критериев, позволяющих судить о состоявшемся факте такого проникновения.

Значение слова «проникнуть» – «попасть, пробраться куда-нибудь внутрь»¹. Логично предположить, что нарушение неприкосновенности жилища имеет место в том случае, когда осуществляющее ОРМ лицо проникает в жилое помещение либо его часть. Вероятно, однозначно можно судить о нарушении неприкосновенности жилища, если, предположим, сотрудник оперативного подразделения *входит в жилое помещение* против воли проживающих там лиц, преодолевая определенные преграды (волеизъявление находящегося там гражданина, запорные устройства, средства охранной сигнализации и т.п.). Этой же позиции, представляется, придерживается и авторский коллектив, подготовивший комментарий к УК РФ и отметивший, что «в соответствии с ч. 1 ст. 139 УК РФ нарушением неприкосновенности жилища будет любое незаконное проникновение в чужое жилище»². Однако приведенные авторами примеры (временное использование жилого помещения в период отсутствия его владельца, вторжение в жилое помещение без ведома владельца) ничего не добавляют к оперативно-розыскному пониманию сущности проникновения в жилище.

С другой стороны, можно ли считать проникновением в помещение просверливание отверстия в стене (двери, окне и пр.) для введения в него прибора фиксации аудио- или видеoinформации? Как быть, если достаточно для этого просверлить только часть преграды? Можно ли полагать нарушением неприкосновенности жилища фиксацию обстановки в нем через окно, замочную скважину, закрепление соответствующего прибора на стене сопредельной квартиры?

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 605.

² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.М. Лебедева. М.: НОРМА, 2003. С. 326.

Ответы на все эти вопросы возможны лишь при установлении законодателем точно очерченных границ помещения (внешний или внутренний периметр, середина стеновой панели или нечто иное). Полагаем, что эти параметры также могли бы найти отражение в жилищном законодательстве, ориентируя не только сотрудников оперативных подразделений, но и представителей других профессий (следователей, прокуроров, адвокатов, судей, строителей, работников МЧС и т.п.) на четкое соблюдение одного из основных прав человека и гражданина – права на неприкосновенность жилища.

В вопросе выяснения правомерности проникновения в жилище не остался в стороне и КС РФ: «Законодатель, в соответствии со статьей 25 Конституции Российской Федерации устанавливая федеральным законом условия, при которых допускается проникновение... в жилище против воли проживающих в нем лиц, исходит из того, что подобные действия вызываются необходимостью принятия именно оперативных, не терпящих отлагательства мер по защите жизни, здоровья, достоинства, личной неприкосновенности (статьи 20, 21, 22 Конституции Российской Федерации), иных прав и свобод граждан. Это согласуется с положениями статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации и не нарушает справедливый баланс между правами граждан и правомерными интересами общества и государства, основанный на конституционно значимых целях и ценностях, защищаемых Конституцией Российской Федерации»¹.

Весьма важным представляется положение ч. 2 ст. 5 ФЗ об ОРД, налагающее запрет на осуществление ОРД для достижения целей и решения задач, не предусмотренных указанным законом. Это означает, что имевшая, к сожалению, место практика использования результатов ОРД для документирования не криминальных нарушений в области налогового или административного законодательства является противозаконной². Цели же и задачи ОРД сосредоточены в ст. 1, 2, ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Комарова Алексея Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 18 статьи 11 Закона Российской Федерации «О милиции»: определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2001 № 61-О.

² Вместе с тем, если, например, сотрудники оперативных подразделений, специализирующиеся на борьбе с налоговыми преступлениями, проводят ОРМ по документированию налоговых правонарушений, это еще не означает, что их действия неправомерны, поскольку на момент осуществления ОРД они не могут установить наличие (или отсутствие) всех признаков налогового преступления. Ситуация прояснится лишь тогда, когда собранные ими, рассекреченные и переданные в

Норма, сформулированная в ч. 3 ст. 5 ФЗ об ОРД, создает для гражданина возможность обжалования действий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, если он полагает, что такие действия привели к нарушению его прав и свобод. Законодатель предлагает гражданину выбор в части определения органов или должностных лиц, к которым он может в этом случае обратиться: вышестоящий орган, осуществляющий ОРД, прокурор, суд. Обжалование таких действий в суд осуществляется в гражданско-правовом порядке. Нередко поводом для обращений граждан в Конституционный Суд РФ становились отказы судов общей юрисдикции в рассмотрении жалоб на действия органов, осуществляющих ОРД, в связи с отсутствием в ФЗ об ОРД специальной судебной процедуры рассмотрения таких жалоб¹.

Предписание ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД раскрывает возможность лица, располагающего фактами проведения в отношении него ОРМ и полагаящего, что при этом были нарушены его права, истребовать от органа, осуществляющего ОРД, сведения о полученной о нем информации². Естественно, это требование должно быть изложено в письменной форме. Вместе с тем возникновение такой ситуации законодатель обставляет целым рядом условий, которые должны действовать только в совокупности:

- виновность данного человека должна быть не доказана в установленном законом порядке;
- в отношении него должно быть отказано в возбуждении уголовного дела или уголовное дело должно быть прекращено;
- отказ в возбуждении уголовного дела или его прекращение может базироваться только на двух основаниях: в связи с отсутствием события преступления или отсутствием в деянии состава преступления;
- он должен располагать фактами о проведении в отношении него ОРМ и полагать, что при этом были нарушены его права;

установленном порядке оперативные материалы будут проверены налоговыми органами и по результатам этой проверки принято соответствующее решение.

¹ Подр.: Вагин О.А., Чечётин А.Е., Шахматов А.В. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : учебно-методическое пособие. СПб.: Университет МВД России, 2010; Железняк Н.С. Оперативно-розыскная деятельность по делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в решениях высших судов Российской Федерации : обзор судебной практики. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2017.

² В соответствии с ч. 2 ст. 24 Конституции РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом.

– запрошенная информация должна соответствовать требованиям конспирации и исключать возможность разглашения государственной тайны.

Таким образом, при несоблюдении хотя бы одного из перечисленных условий запрошенная информация гражданину не представляется, о чем ему должно быть сообщено в письменной форме.

Применительно к последнему из представленных в норме условий КС РФ разъясняет следующее: «Оперативно-розыскная деятельность... объективно невозможна без значительной степени секретности. Прежде всего это касается сведений о лицах, участвующих в ней или способствующих ей. Осуществление негласных оперативно-розыскных мероприятий с соблюдением требований конспирации и засекречивание сведений в области оперативно-розыскной деятельности само по себе не нарушает прав человека и гражданина»¹. В случае несогласия лица с решением органа, осуществляющего ОРД, оно может его обжаловать путем обращения в федеральный суд.

При оценке ч. 5 статьи, формулирующей предписание о предоставлении судье по его требованию оперативно-служебных документов «для обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела», возникает закономерный вопрос о том, где будут храниться указанные документы, пока с ними будет работать судья? Цена вопроса – их сохранность и недоступность для должностных и иных лиц, не допущенных конкретно к этим материалам. Следует напомнить, что ФЗ об ОРД относительно судьи в ст. 9 зафиксировал нормы, согласно которым он незамедлительно (ч. 1) оценивает представленные оперативные материалы и, не задерживая у себя, возвращает их сотруднику оперативного подразделения (ч. 4). И хотя эти предписания касаются получения судебного разрешения на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ, иной процедуры судебного ознакомления со сведениями, составляющими государственную тайну, закон не предлагает.

Положение ч. 6 ст. 5 ФЗ об ОРД, согласно которому «в случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения, предусмотренные частью четвертой настоящей статьи», представляется не соответствующим логике уважения и соблюдения прав человека и гражданина. Оно в нынешнем виде позво-

¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой : определение Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О.

ляет предполагать, что в случае признания необоснованным отказа органа, осуществляющего ОРД, в предоставлении заявителю сведений в полном или усеченном объеме, содержание решения судьи зависит от усмотрения последнего. Мы полагаем, что данную норму следует рассматривать как обязывание судьей органа, осуществляющего ОРД, предоставить заявителю соответствующие сведения при возникновении описанных в предписании обстоятельств. Проще говоря, при установлении необоснованности действий органа, осуществляющего ОРД, судья обязан принять однозначное решение об ознакомлении истца с полученной в отношении него информацией. Естественно, если решение судьи не удовлетворяет орган, осуществляющий ОРД, его должностные лица вправе в гражданско-исковом порядке обжаловать решение судьи в вышестоящую судебную инстанцию.

Согласно норме, зафиксированной в ч. 7 ст. 5 ФЗ об ОРД, «полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий «фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются *в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания*, о чем составляется соответствующий протокол».

Вместе с тем сама по себе исследуемая норма вызывает недоумение теоретиков¹ и практиков.

К сожалению, законодатель такой формулировкой создает возможность двойного толкования этого положения. В одном случае это может означать, что сам процесс ликвидации указанных объектов растягивается на полгода, в другом – что в течение указанного срока данные объекты уничтожаются в любое время. Представляется сомнительной, например, ситуация, когда записанные вчера фонограммы телефонных переговоров уже сегодня подвергаются уничтожению. Данное положение логичнее толковать так, что фонограммы и другие материалы уничтожаются *по истечении 6 месяцев* с момента прекращения прослушивания либо *не позднее указанного срока*.

Кроме того, согласно ведомственным нормативным правовым актам субъектов ОРД оперативная разработка фигурантов как основа для решения вопроса о возбуждении уголовного дела может протекать от шести месяцев до двух лет. Логика подсказывает, что при формальном соблюдении положений ФЗ об ОРД фактические данные (потенциальные доказательства преступной деятельности) – фонограммы и другие материалы, полученные в результате прослушивания телефонных и

¹ См., напр.: Железняк Н.С., Васильев А.Д. Указ. соч. С. 42-43.

иных переговоров лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, при их уничтожении будут безвозвратно утрачены для последующего уголовного процесса. Однако это логическое построение не меняет позиции надзирающего прокурора, указывающего на несвоевременное уничтожение таких материалов как на нарушение закона¹.

Проблемным представляется и другое положение данной части, согласно которому «за три месяца до дня уничтожения материалов, отражающих результаты оперативно-розыскных мероприятий, проведенных на основании судебного решения, об этом уведомляется соответствующий судья»². Во-первых, согласно этому предписанию решение об уничтожении указанных материалов нужно принимать не «в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания», а уже через три месяца. Во-вторых, получается, что указанные материалы не могут быть уничтожены до истечения трех месяцев с момента проведения ОРМ, поскольку иначе судью невозможно уведомить в установленный. В-третьих, представим себе описанную законодателем ситуацию: за три месяца до дня уничтожения материалов сотрудники оперативного подразделения сообщают о готовящейся акции судье, однако через несколько дней после сообщения полученная дополнительно информация позволяет решить вопрос о возбуждении уголовного дела. В этом случае наше уведомление судьи не соответствует действительному положению дел, а значит, необходимо снова уведомить судью об изменившейся ситуации. А если, не дай Бог, по каким-то причинам придется прекратить уголовное дело, то вся процедура уведомления судьи должна повториться. А это уже напоминает не эффективную правоохранительную деятельность, а известную всем с детства сказку про белого бычка. В-четвертых, если все-таки уведомлять судью, то каким образом – устно или письменно, при непосредственной встрече или по телефону? Законодатель этого не разъясняет³.

¹ Возразить что-либо достаточно сложно, поскольку в данном случае прокурор действительно требует соблюдения пусть неудачно сформулированной, но законодательной нормы.

² Несвоевременное уведомление судьи как нарушение закона также встречается в актах прокурорского реагирования.

³ Такое разъяснение содержится в документе, имеющемся, по нашим данным, на уровне территорий только в республиканских, краевых и областных судах общей юрисдикции. См. п. 31 Информации о рассмотрении судами материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий: Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, Управление систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда Российской Федерации (рег. номер 9/5829дсп от 05.06.2014 года).

Таким образом, несмотря на некорректную формулировку данной нормы законодателем, проверка факта уничтожения фонограмм и других материалов, полученных в результате прослушивания телефонных и иных переговоров, а также своевременное уведомление об этом судьи является законным требованием надзирающего прокурора в случае наличия у него информации о нарушениях в этой части закона.

В ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД представлены запреты на проведение определенных действий органами (должностными лицами), осуществляющими ОРД.

Первый запрет¹ не вызывает вопросов у правоприменителя.

Относительно второго запрета следует отметить недостаточную выверенность данной нормы. Действительно, законодатель запрещает *«принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и незапрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности»*.

С выводом о некорректности рассматриваемой формулировки просто согласиться, обратив внимание на выделенные автором ее элементы. В частности, законодатель запрещает принимать негласное участие в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и не запрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений. Означает ли это возможность такого участия в деятельности незарегистрированных и запрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений? Возможно ли гласное участие органов, осуществляющих ОРД, в указанной деятельности?

Предполагаемые ответы на поставленные вопросы достаточно очевидны для правоприменителя, но отсутствие четкого указания на это законодателя создает определенные пробелы в праве.

Что же касается третьего запрета, то, поскольку для сотрудников оперативных подразделений он устанавливается *только на разглашение сведений, «которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые им стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами»*, *сбор, хранение и использование информации, в том числе о частной жизни лица, без его согласия* в ходе ОРД

¹ Проводить ОРМ в интересах какой-либо политической партии, общественного или религиозного объединения.

представляется социально оправданными и нормативно обоснованными в случае проверки его причастности к подготовке или совершению преступления¹.

Наибольший интерес представляет положение, согласно которому органам, осуществляющим ОРД, запрещается *подстрекать, склонять, побуждать* кого-либо *в прямой или косвенной форме*² к совершению *противоправных действий (провокация)*.

Вопрос о наличии или отсутствии провокации в действиях сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих проведение отдельных ОРМ, на протяжении последних лет активно рассматривается как теоретиками, так и практиками.

Актуальность этой проблемы заключается, в первую очередь, в том, что в уголовном судопроизводстве, в основном по делам, возбужденным на основании результатов ОРД, сторона защиты активно отстаивает позицию о провокационном характере действий сотрудников оперативных подразделений в рамках таких ОРМ, как «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент». В этой ситуации решение суда о признании (либо непризнании) доказательств, сформированных с использованием фактических данных, полученных в ходе ОРД, непредсказуемо и зачастую необъективно.

И если отмеченная проблема ранее имела все же частный характер, то после внесения в июле 2007 г.³ изменений в ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД вопрос о наличии или отсутствии провокации в действиях сотрудников оперативных подразделений приобрел новое звучание.

¹ Это уже отмечалось при рассмотрении принципа ОРД – уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, согласно п. 6 определения Конституционного Суда РФ от 14.07.1998 № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой» «данный Федеральный закон (ФЗ об ОРД – Н.Ж.) не допускает сбора, хранения, использования и распространения информации о частной жизни проверяемого лица, если это не связано с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, и другими законными задачами и основаниями оперативно-розыскной деятельности; сбор, хранение и использование сведений, касающихся преступного деяния..., правомерны... и не могут рассматриваться как нарушение конституционных прав, закрепленных в ст. 24 Конституции РФ».

² Насколько известно, в теории уголовного права существует категория «умысел» – прямой или косвенный, но не форма.

³ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму : Федеральный закон от 24.07.2007 № 211-ФЗ.

В теории ОРД устоялась позиция о том, что сотрудник оперативного подразделения не имеет права провоцировать, «подталкивать» проверяемого (разрабатываемого) к совершению противоправных действий. После принятия указанного дополнения в ФЗ об ОРД это мнение переросло в законодательное предписание, обязательное для исполнения. С точки зрения непосвященных, закрепление рассматриваемого законодательного установления – очередной шаг к укреплению законности, повышению эффективности соблюдения прав личности при осуществлении ОРД, а значит, дальнейшему развитию демократии и гражданского общества.

Но если на состоявшийся законодательный ход посмотреть профессиональным взглядом, то окажется, что нормативное требование о запрете в сфере ОРД провокации¹ повлекло за собой ситуацию, в которой при всей очевидности вреда провокации вопросов, относящихся к ее сущности, границам, только прибавилось, а ответов в ФЗ об ОРД не добавилось.

Исследование автором законодательных актов ряда государств², ранее входивших в состав СССР в качестве республик, а также Приднестровской Молдавской Республики позволило обнаружить аналогичную по смыслу норму только в ч. 6 ст. 6 профильного закона Кыргызской Республики, согласно которой органам (должностным лицам), осуществляющим ОРД, запрещается «склонять, провоцировать граждан к совершению правонарушения...». Все же остальные государства в лице их законодателя, видимо, посчитали включение идентичной нормы в профильное законодательство нецелесообразным. Действительно, по существу правильные предписания законодателя ничего не добавляют к правовой регламентации ОРД, поскольку отмеченные в норме действия есть не что иное, как нарушение принципа законности, являющегося приоритетным в любом виде государственной деятельности.

Тогда, может быть, исследуемая норма – проявление конкретизации отмеченного конституционного принципа? В это трудно поверить, поскольку принятием дополнения в нормативный правовой акт законодатель, вопреки ожиданиям правоприменителя, ничуть не облегчил его участь, т.к. не разъяснил, что подразумевает под *подстрекательством*,

¹ См. об этом подр.: Решения ЕСПЧ «Ваньян Г.А. против России» и «Худобин В.В. против России» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 7. С. 102-103.

² Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Туркменистан, Украина. См. Железняк Н.С. Нормативное правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах.

*склонением, побуждением к совершению противоправных действий, а также что собой представляют прямая или косвенная формы и провокация*¹.

В общеупотребительном смысле провокация означает побуждение, подстрекательство к совершению определенных (в том числе и позитивных) действий. Психологические особенности восприятия и понимания существа провокации связаны с совершением лицом конкретных действий, побуждения к которым сформированы сторонним человеком. Стороной, будто бы сформировавшей преступные побуждения, в нашем случае априори считаются должностные лица, проводящие ОРМ «проверочная закупка» и «оперативный эксперимент» и тем самым вроде бы провоцирующие проверяемых (разрабатываемых) на совершение преступных посягательств.²

Упреки в провокациях при осуществлении ОРД не являются характерными только для России. В провокационных действиях обвиняют любую оперативную (полицейскую) службу, какому бы государству она ни принадлежала. Проблемы разграничения провокации и законности проводимого мероприятия возникают в Германии, Франции, Великобритании, США и других цивилизованных странах. Законодательное условие о недопустимости склонения или подстрекательства лица к совершению противоправных действий остается правовой догмой, основные механизмы которой сосредоточены в рамках индивидуально-интуитивного понимания.

Дискуссии о провокациях оперативных подразделений беспрестанно ведутся в процессе расследования уголовных дел, возбужденных по результатам ОРД. В чем только ни пытается обвинить сотрудников сторона защиты, начиная с заявлений о соучастии оперуполномоченного в совершении конкретного преступления и заканчивая традиционными жалобами о физическом или психическом насилии, примененном в отношении подследственного или подсудимого³. Однако практика показывает, что выдвигаемые стороной защиты версии о злоупотреблениях сотрудников оперативных подразделений, как правило, имеют только од-

¹ Содержащиеся в предписании и выделенные автором термины, видимо, еще предстоит исследовать на лексическом и юридическом уровнях.

² О некоей системности попыток стороны защиты обвинить должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в провокационных действиях, активном побуждении подзащитных к совершению преступлений позволяет судить изучение судебной практики.

³ Подр.: Гармаев Ю.П. Пределы прав и полномочий адвоката в уголовном судопроизводстве и типичные правонарушения. Иркутск: ИПКПР ГП РФ, 2004.

но предназначение – *«развалить»* уголовное дело, а *не привлечь* провинившихся к установленной ответственности.

В связи с этим следует отметить, что должностные лица правоохранительных органов, вовлекаемые судебной властью в процесс судебного разбирательства как свидетели, в добропорядочности которых по каким-то причинам сомневаются представители Фемиды, имеют признанные Конституцией РФ общегражданские права. Перед началом процедуры допроса председательствующий судья обязан разъяснить сотрудникам содержание ст. 51 и ст. 49 Конституции РФ, т.е. *наличие права* свидетельствовать против себя и *отсутствие обязанности* доказывать свою невиновность. Положения презумпции невиновности распространяются на каждого человека (в том числе и на сотрудника оперативного подразделения) и защищают его доброе имя.

Бытующее юридическое безразличие к соблюдению прав допрашиваемых в суде должностных лиц оперативного подразделения должно восполняться соответствующими заявлениями самих представителей органа, осуществляющего ОРД. Практическая реализация конституционных прав у допрашиваемого в суде лица позволяет сотруднику показать собственные знания процессуального права и наличие достаточной правовой культуры. Обусловленный этими обстоятельствами тактико-временной отказ отвечать на заданные вопросы должен касаться двух моментов:

- выяснения информации о наличии протокола устного заявления о признаках должностных злоупотреблений, совершенных допрашиваемым, полученного от защитника с обязательным предупреждением заявителя об уголовной ответственности за заведомо ложный донос по ст. 306 УК РФ. Отказ заявителя подписать протокол устного заявления с обвинением конкретных должностных лиц в совершении «служебных» преступлений снимает все последующие проблемы (в том числе и вызова новых свидетелей);

- апелляции в суде к конституционным гарантиям уголовного судопроизводства и констатирования *естественного* права допрашиваемого лица отказаться от дачи показаний в отношении самого себя на основании положений ч. 1 ст. 51 Конституции РФ.

Выдвинутые обвинения в провокациях и процессуальных злоупотреблениях, имеющих признаки преступления, предоставляют каждому из должностных лиц возможность добиваться правовой реабилитации и предъявить встречное заявление о привлечении к уголовной ответственности представителей стороны защиты за надуманные обвинения по ч. 2 ст. 298.1 УК РФ «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя,

прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава».

Распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию (что составляет понятие клеветы), может быть пресечено только путем открытого вызова таким высказываниям со стороны оклеветанного сотрудника.

Вышеизложенное позволяет выделить процессуальную сущность появления высказываний о провокациях при осуществлении ОРД. Для современного уголовного судопроизводства это вполне нормальное правовое явление, отражающее элементы процесса состязательности перед судебной властью сторон обвинения и защиты в вопросах оценки *допустимости* использования в качестве доказательств фактических данных, полученных при расследовании уголовного дела.

Следует признать, что оперативные подразделения не в силах препятствовать появлению высказываний о допущенных провокациях и должны быть терпимы к правовой свободе действий стороны защиты. Однако они также в силах дать принципиальную оценку сделанным высказываниям и настоять на формулировании уголовно-правовых претензий к характеру своей деятельности, без которых обвинения в провокации являются пустыми и не влекут за собой уголовно-процессуального внимания.

Комплексная оценка презумпции провокации в ОРД позволяет заключить, что в теоретическом и нормативном правовом аспектах качество законодательного нововведения еще далеко от ожиданий правоприменителя, а использование предложенных тактических и некоторых иных приемов позволит сегодня достаточно успешно бороться с существующей проблемой на практике.

И все же суть провокации следует проанализировать более предметно, в том числе с использованием не только семантической составляющей, но и решений Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ).

Прежде чем приступить к оценке значимости рассматриваемого положения ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД, следует разобраться с такими составляющими его терминами, как подстрекать, склонять, побуждать, прямая или косвенная форма, противоправные действия, провокация.

Однако начнем мы с центрального звена этого словосочетания – противоправных действий.

В наиболее известных словарях и юридической литературе существуют различные подходы к данному термину. Противоправный – про-

тиворечащий праву, незаконный¹. Поэтому к понятию «противоправный» относят и дисциплинарные проступки, и административные правонарушения, и преступления.

Свою позицию в разъяснении сути противоправного деяния применительно к ОРД высказал КС РФ, который в определении от 22.04.2005 № 198-О сформулировал следующий тезис: «Исходя из смысла названного Федерального закона <ФЗ об ОРД>, его статей 1, 2, 7, части второй статьи 8 и статьи 10, определяющих цели, задачи, основания и условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, *под противоправным деянием подразумевается лишь уголовно наказуемое деяние, т.е. преступление*». Согласно ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» данное решение окончательно и не подлежит обжалованию, поэтому принимаем его как данность.

Теперь попытаемся проанализировать содержание терминов «подстрекать», «склонять», «побуждать» и, наконец, «провокация». На наш взгляд, по значению они очень близки.

Это же подтверждают определения рассматриваемых терминов, представленные в толковых словарях русского языка.

Подстрекательство – побуждение, призыв к вредным, опасным своими последствиями или неблагоприятным, преступным действиям². Этот термин не используется в УК РФ применительно к каким-либо видам преступной деятельности, однако активно употребляется в решениях ЕСПЧ³.

Слово «подстрекать» изначально несет в себе, во-первых, активное начало – «побуждение, призыв...»; «побуждать, склонять к какому-либо поступку, действию...», во-вторых, «отрицательный заряд»: «... к вредным, опасным своими последствиями или неблагоприятным, преступным действиям» или, согласно Новому словарю русского языка, «... обычно недозволенному»⁴. Большой энциклопедический словарь еще более категоричен: подстрекательство – форма соучастия в совершении преступления⁵.

Отсюда и появление в УК РФ такого субъекта преступления, как подстрекатель, – лицо, склонившее другое лицо к совершению преступ-

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 624.

² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 543.

³ Напр.: Банникова (Bannikova) против Российской Федерации : постановление Европейского суда по правам человека от 04.11.2010 (жалоба № 18757/06), п. 34.

⁴ Ефремова Т.Ф. Указ. соч. Т. 2. П-Я. С. 172.

⁵ Большой энциклопедический словарь. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/237458>.

ления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом. Причем если буквально следовать определению, данному в ст. 33 УК РФ, то способом подстрекательства является склонение.

Термины «склонение» и «побуждение» почти тождественны. Склонить – «убедить в необходимости какого-либо поступка»¹, склонять – «располагать к кому-либо, привлекать на чью-либо сторону; убеждать, уговаривать делать что-либо, соглашаться на что-либо»². Побудить – «склонить к какому-либо действию».³ Словарь Т.Ф. Ефремовой к этому значению добавляет «заставлять, вынуждать кого-либо делать что-либо»⁴.

Таким образом, эти два понятия – очень схожи, однако склонение – более мягкое действие, в нем нет «насилия», оно, скорее, намек, предложение в стиле «было бы хорошо...», уговор, убеждение. Человек, которого склоняют к чему-либо, кажется, сам принимает решение о своем действии, соглашаясь с лицом склоняющим и принимая его позицию. Ведь и склонить голову, признавая чью-либо правоту, – слово того же корня.

Побуждение – действие более активное, здесь присутствует оттенок силы: все мы помним из школьной программы побудительные предложения, где чаще всего кроме интонации побудительный характер высказывания выражается употреблением глагола-сказуемого в повелительном наклонении, выражающем волеизъявление, обращенное к исполнителю. Встань и сделай! – в этом, на наш взгляд, суть того действия, что обозначается словом побуждение.

Однако и побудить, и склонить человека можно как к положительным, так и к отрицательным действиям. Оба слова нейтральны в эмоциональном смысле. И то, что в УК РФ обозначено термином «склонение», приобретает негативный оттенок в силу противоправного характера действия, к которому склоняют лицо.

Термин «склонение» применяется в названиях и диспозициях ст. 110.1 УК РФ (склонение к совершению самоубийства), ст. 151.2 УК РФ (вовлечение несовершеннолетнего в совершение действий, угрожающих жизни несовершеннолетнего), ст. 205.1 УК РФ (содействие террористической деятельности), ст. 212 УК РФ (массовые беспорядки), ст. 230 УК РФ (склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов), ст. 230.1 УК РФ (склонение спортс-

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 723.

² Ефремова Т.Ф. Указ. соч. С. 613.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 527.

⁴ Ефремова Т.Ф. Указ. соч. С. 126.

мена к использованию субстанций и (или) методов, запрещенных для использования в спорте), ст. 282.1 УК РФ (организация экстремистского сообщества), ст. 282.2 УК РФ (организация деятельности экстремистской организации), ст. 361 УК РФ (акт международного терроризма).

Термин «побуждение» (в интересующем нас значении – склонение) используется законодателем в ст. 110.2 УК РФ (организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства), ст. 185.6 УК РФ (неправомерное использование инсайдерской информации), ст. 239 УК РФ (Создание некоммерческой организации, посягающей на личность и права граждан).

Провокация – подстрекательство кого-нибудь к таким действиям, которые могут повлечь за собой тяжелые для него последствия.¹ Слово «провокация» – иностранное. Первоначальные значения – вызов на поединок (а также в суд), то же что и апелляция.² В римском праве латинское *provocatio* изначально обозначало обращение Магистрата к горожанам по вопросу утверждения принятого решения по уголовному вопросу, представляя собой, по сути, публичный спектакль. В 508 г. до Рождества Христова право провокации стало законом, по которому каждый гражданин Рима мог апеллировать к народу Рима (требовать публичного обсуждения). Согласно исследователям, восходит к праиндоевропейскому корню *wek- «произносить, говорить»³.

Однако уже к началу XX века в России слово «провокация» приобретает иное значение – подстрекательство отдельных лиц или толпы к какому-нибудь политическому выступлению или преступлению с целью выдать некоторых лиц в руки властей или вызвать репрессии полиции. И уже в современном понимании – подстрекательство, побуждение кого-либо к заведомо вредным для него действиям.

Этот термин упоминается в двух статьях УК РФ – ст. 304 (провокация взятки, коммерческого подкупа либо подкупа в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд) и ст. 360 (нападение на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой). Здесь следует отметить, что законодатель почему-то ввел ответственность за провокацию указанных преступ-

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 607.

² 30000 иностранных слов, вошедших в употребление в русский язык, с объяснением их корней. По словарям Гейзе, Рейфа и др. / сост. Михельсон. М.: Собственное издание автора, 1866. URL: <http://elibrary.ru/nodes/21412-mihelson-a-d-30000-inostrannyh-slov-voshedshih-v-upotreblenie-v-russkiy-yazyk-s-ob-yasneniem-ih-korney-po-slovaryam-geyze-reyfa-i-dr-m-1866#mode/inspect/page/523/zoom/8>.

³ Кстати, от этого корня произошли слова «вокал» и «адвокат».

лений, но не отнес к преступным деяниям, например, провокацию сбыта наркотиков, общественная опасность от которого, по нашему мнению, значительно выше.

Термины «прямой» или «косвенный» в сфере уголовной юстиции встречаются лишь применительно к умыслу на совершение преступления. Что касается понятия «форма», то она законодателем используется в словосочетаниях форма вины (ст. 24, 27 УК РФ), форма досуга (ст. 91 УК РФ), форма сексуальной эксплуатации (ст. 127.1 УК РФ), форма собственности (ст. 139, 158 УК РФ), организационно-правовая форма (ст. 169 УК РФ), форма таможенного контроля (ст. 200.1 УК РФ), документарная форма (ст. 200.1 УК РФ), форма электрических сигналов (ст. 272 УК РФ), иная форма (ст. 289 УК РФ), какая бы то ни было форма (ст. 294 УК РФ). Словосочетание «прямая или косвенная форма» в конструкциях уголовного закона отсутствует.

Таким образом, проблема провокации преступления в описываемом нами ракурсе, несмотря на значительное количество научных исследований в этой области, слабо проработана в теории и остается недостаточно регламентированной в российском законодательстве. Запрет провокации, сформулированный в ФЗ об ОРД путем перечисления терминов, по мнению законодателя, составляющих суть этого явления, на наш взгляд, нуждается в доработке. Указанные в определении термины, различаясь в тонких нюансах, в принципе обозначают одно и то же действие, положительный или отрицательный вектор которого определяется его целью, желаемым конечным результатом. Для юридической науки форма выражения данного действия – уговор или повелительное указание – принципиальной роли не играет. А употребление четырех слов при обозначении одного и того же действия представляет собой явное излишество.

Частичное использование оцененных выше терминов в статьях Особенной части УК РФ подтверждает их значимость в системе российского правового поля. Вместе с тем их упоминание в ФЗ об ОРД с учетом специализации представляемого авторами образовательного учреждения вынуждает уделить более пристальное внимание соотношению этих категорий и, например, такого оперативно-розыскного мероприятия (далее – ОРМ), как проверочная закупка (наркотиков).

Проверочная закупка – *ОРМ, заключающееся, как правило, в затратном приобретении предметов, веществ, изделий, продукции и услуг с целью выявления, предупреждения, пресечения и документирования преступных действий, задержания с поличным причастных к ним лиц, а*

также установления других обстоятельств, имеющих значение для решения задач ОРД¹.

Практика свидетельствует, что посредством проверочной закупки в основном осуществляется документирование конкретных фактов сбыта наркотиков. Вместе с тем именно в проверочной закупке, как и оперативном эксперименте, значительное число правозащитников, отдельных ученых² и некоторые судебные органы³ усматривают (или не усматривают) наличие провокации преступления. Вслед за ними и мы попытаемся разобраться в этой проблеме.

Алгоритм рассматриваемого ОРМ:

- 1) выявление достаточных данных полагать, что фигурант занимается незаконным сбытом наркотиков;
- 2) принятие решения о проведении проверочной закупки и оформление соответствующих документов;
- 3) подбор лица, согласного участвовать в этом ОРМ, его инструктаж, вручение помеченных денежных средств и при необходимости аппаратуры;
- 4) проведение ОРМ, а также обеспечивающих мероприятий по документированию факта сбыта и своевременному задержанию сбытчика;
- 5) доставление указанных лиц в правоохранительный орган, изъятие наркотиков, денежных средств и аппаратуры;
- 6) документальное оформление состоявшегося мероприятия.

Из этих этапов только на помещенном под номером 4 возможно реальное осуществление провокационных действий. Правда, на третьем подготовительном этапе ОРМ сотрудник оперативного подразделения может проинструктировать закупщика во время контакта со сбытчиком настойчиво добиваться реализации наркотиков, но даже такой инструктаж не будет в полной мере оцениваться как провокация преступления.

Раскроем схематично традиционную проверочную закупку, выделив ее субъектов и объект, а также сами якобы провокационные действия.

¹ Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности» : словарь-справочник / под ред. Н.С. Железняк. Красноярск: СибЮИ ФСКН России, 2015.

² Шашин Д.Г. Проверочная закупка наркотиков: документирование и использование результатов : практическое пособие. Улан-Удэ: Изд-во Бурятского госуниверситета, 2008.

³ Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации : постановление Европейского суда по правам человека от 15.12.2005 (жалоба № 53203/99); Худобин (Khudobin) против Российской Федерации : постановление Европейского суда по правам человека от 26.10.2006 (жалоба № 59696/00).

Субъект – человек как носитель каких-либо свойств¹. В проверочной закупке, как правило, таких субъектов более одного.

Во-первых, субъектом проверочной закупки в юридическом смысле выступает сотрудник оперативного подразделения – должностное лицо, наделенное полномочиями по осуществлению ОРД (в том числе ОРМ), принимающее решение о проведении проверочной закупки, реализующее подготовительные действия, оформление соответствующих документов, подбор закупщика, его инструктаж, вручение помеченных денежных средств и при необходимости аппаратуры, контролирующее встречу, как правило, задерживающее сбытчика, доставляющее его в правоохранительный орган, оформляющее итоговые документы по результатам ОРМ. Во-вторых, субъектом непосредственного общения с потенциальным сбытчиком выступает закупщик, осуществляющий прямой контакт с заподозренным лицом, ведущий с ним переговоры по приобретению наркотика, передающий средства расчета за товар и осуществляющий иные необходимые действия.

Объект – явление, предмет (в нашем случае человек), на которые направлены чья-нибудь деятельность, внимание². Объектом проверочной закупки выступает контролируемый оперативным подразделением сбытчик, предоставляющий закупщику наркотик и получающий за это средство расчета за товар.

О провокационных действиях в юридической литературе написано достаточно много, но без особой конкретизации их содержания³. Нет четкого понимания этих манипуляций и в законе. При отсутствии очевидных законодательных предписаний выходом из существующего положения выступает обращение к актам высших судебных инстанций.

В последней редакции действующего постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 по этому поводу отмечается, что *«результаты оперативно-розыскного мероприятия могут использоваться в доказывании по уголовному делу, если они получены и переданы органу предварительного расследования или суду в соответствии с требованиями закона и свидетельствуют о наличии у лица умысла на незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические*

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 777.

² Там же. С. 441.

³ Напр.: Кандауров, С.И. К вопросу об отграничении оперативного эксперимента и проверочной закупки от провокации или подстрекательства // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 3 (27). С. 93-97.

средства или психотропные вещества, *сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность*» (проще говоря, основанием для проведения ОРМ должны быть достаточно достоверные сведения о предполагаемом сбыте наркотиков).

Такое решение было продублировано актом ЕСПЧ, где одним из основных требований, предъявляемых к действиям оперативного подразделения в рамках подготовки и проведения проверочной закупки наркотиков выступает так называемый *критерий пассивного поведения сотрудников*. Так, в решении по делу «Раманаускас (Ramanauskas) против Литвы» (постановление ЕСПЧ от 05.02.2008 (жалоба № 74420/01), п. 27) отмечается, что «провокация со стороны полиции происходит в тех случаях, когда сотрудники правоохранительных органов или лица, действующие по их поручению, не ограничиваются расследованием преступной деятельности *преимущественно пассивно*, а оказывают такое влияние, что *подстрекают к совершению преступления, которое иначе не было бы совершено*, для того, чтобы раскрыть преступление, а именно получить доказательства его совершения и начать уголовное преследование...».

В решении ЕСПЧ по делу «Веселов и другие (Veselov and Others) против Российской Федерации» (постановление ЕСПЧ от 02.20.2012 (жалобы № 23200/10, 24009/07 и 556/10), п. 92) несколько разъясняется позиция суда относительно так называемой негласной операции, которой называют проверочную закупку: «В любой негласной операции должно соблюдаться требование о проведении расследования в основном *пассивным способом*. Это, в частности, исключает любое поведение, которое может расцениваться как давление, оказанное на заявителя с целью совершения им преступления, такое как инициативный контакт с заявителем, повторное предложение после первоначального отказа, настоятельное требование, повышение цены по сравнению с обычной или обращение к состраданию заявителя с упоминанием абстинентного синдрома».

Первое в процитированных решениях ЕСПЧ, что бросается в глаза и режет слух, так это словосочетание «расследование преимущественно пассивным способом». По меркам российского понимания правоохранительной деятельности (как и разведывательной и контрразведывательной), где одним из главных принципов является *наступательность*¹, сло-

¹ Наступательность – образ действий, обеспечивающий активность и инициативу, достижение максимальных успехов в борьбе с противником. 30000 иностранных слов, вошедших в употребление в русский язык, с объяснением их корней. По

восочетание «пассивное¹ расследование» выступает исключительно отрицательной оценкой, характеризующей неблагоприятный результат следственной работы, влекущий за собой возможные дисциплинарные последствия. Об этом так рассуждает Ю.П. Гармаев: «Изучение следственной и оперативно-розыскной практики последних лет демонстрирует одну из негативных тенденций, часто проявляющуюся в деятельности правоохранительных органов. Речь идет о пассивности, безынициативности в выявлении, раскрытии и расследовании преступлений, допускаемых не просто "отдельными следователями и оперуполномоченными в ряде случаев". Налицо весьма опасная по своей сущности и масштабам закономерность»². Рассматриваемую категорию отмечают авторы научно-практического комментария к ФЗ об ОРД, которые описывают принцип наступательности следующим образом: он состоит в «направленности оперативно-розыскных мероприятий на поиск сведений о признаках преступной деятельности и выявление неизвестных ранее лиц, намеревающихся совершить преступление. В соответствии с этим принципом оперативно-розыскные меры должны преимущественно носить упреждающий, превентивный характер, быть направленными на предупреждение и пресечение преступлений»³.

Таким образом, «пассивное расследование» в рамках российской правовой системы не может оцениваться как позитивное и достойное применения.

Второе, что также вызывает массу вопросов, так это упомянутое в решении ЕСПЧ *поведение, которое может расцениваться как давление, оказанное на заявителя с целью совершения им преступления*.

Само по себе давление на проверяемое лицо с целью совершения последним преступления, безусловно, не должно иметь место в правоохранительной практике, однако предложенные далее примеры такого давления представляются не однопорядковыми и далеко не всегда несут отрицательную окраску.

Так, *инициативный контакт с проверяемым лицом* в подавляющем большинстве случаев – абсолютно нормальное, рутинное явление для практики проведения проверочной закупки и некоторых иных ОРМ.

словарям Гейзе, Рейфа и др. / сост. Михельсон.

¹ Пассивный – не проявляющий активности, безучастный, вялый, зависимый, лишенный самостоятельности. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 495

² Гармаев Ю.П. Принцип наступательности в выявлении и расследовании преступлений // Российский следователь. 2016. № 2. С. 6-12.

³ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : научно-практический комментарий (постатейный) / под ред. И.Н. Зубова, В.В. Николука. М.: Спарк, 1999. С. 19.

Представим себе продавца наркотиков, в отношении которого у правоохранительного органа имеется достоверная (достаточно проверенная, подтвержденная разными источниками) информация об осуществляемом им наркосбыте. Документирование фактов сбыта может осуществляться в двух вариантах:

- пассивное наблюдение в ожидании появления покупателей, для чего требуются колоссальные людские, технические и временные ресурсы (визуальное конспиративное слежение, контроль общения с помощью гаджетов и т.п.);

- активные действия, не требующие таких затрат (разработка операции, ее проведение, оформление документов и их передача для решения вопроса о возбуждении уголовного дела).

Более того, активные действия сыщиков позволяют ситуации развиваться по разработанному нами сценарию, что минимизирует возможные сбои и упущения.

Повторное предложение покупателя о приобретении наркотика после первоначального отказа сбытчика тоже нуждается в осмыслении с учетом конкретно сложившейся ситуации. Представим себе, что во время первоначальной встречи сбытчик посчитал место контакта не соответствующим, предположим, требованиям безопасности и предложил встретиться еще раз в иной обстановке. По прибытии на место новой встречи с продавцом покупатель, дабы не провоцировать совершение преступления, по мнению ЕСПЧ, должен молча ожидать, пока продавец сам не предложит продать наркотики, что выглядит по меньшей мере странно и нетипично для отношений в сфере наркотрафика.

Настоятельные требования продать наркотик действительно не вписываются в устоявшиеся отношения в этой области, и поэтому могут выглядеть провокационными, однако тоже нуждаются в оценке в каждой конкретной ситуации.

Повышение цены по сравнению с обычной также зависит от множества факторов: внезапно возникшего дефицита на наркорынке, скачка валютного курса и т.п.

И, наконец, *обращение к состраданию заявителя с упоминанием абстинентного синдрома*. Полагаем формирование со стороны покупателя данной мотивации для реализации наркотиков потенциальным сбытчиком действительно провокационными действиями, не имеющими никакого логического оправдания.

Таким образом, **провокация со стороны сотрудников оперативных подразделений** означает *умышленное побуждение лица к совершению преступления в отсутствие у последнего умысла на противоправ-*

ные действия, сформировавшегося независимо от деятельности сотрудников оперативных подразделений.

Еще одним нововведением законодателя является запрет «фальсифицировать результаты оперативно-розыскной деятельности» (ч. 8 ст. 5 ФЗ об ОРД). Ключевым термином в зафиксированном словосочетании выступает «*фальсификация*»¹. Его значение в различных словарях описывается сходно: подделывание чего-либо, подмена чего-либо подлинного ложным, мнимым; подделанная вещь, выдаваемая за настоящую, подделка.²

К уголовно наказуемым деяниям, имеющим отношение к фальсификации вообще, относятся:

– служебный подлог (ст. 292 УК РФ) – внесение в официальные документы заведомо ложных сведений или исправлений, искажающих их действительное содержание, вопреки интересам государственной службы, в силу злоупотребления своими должностными полномочиями либо полномочиями государственного служащего из корыстной или иной личной заинтересованности;

– фальсификация доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности (ст. 303 УК РФ) – искусственное создание участвующим в деле лицом или его представителем потенциальных или процессуальных доказательств в пользу одной из сторон, подтасовке, изготовлении и использовании поддельных документов, внесение изменений в вещественные доказательства или их уничтожение в целях вынесения неправоудного решения, приговора или иного важного процессуального акта.

Исходя из того, что к результатам ОРД (в оперативно-розыском смысле) следует причислять *оперативно значимые сведения*, относящиеся к подготовке, совершению преступлений, розыску причастных к ним лиц, без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, а также *факты*, являющиеся последствиями использования сотрудниками оперативных подразделений указанных сведений в решении задач оперативно-розыскной деятельности³, **фальсификацию результатов ОРД** можно определить как *подделку или подмену материальных объектов (документов, иных носителей информации) и сведений о фактах, отно-*

¹ От лат. falsificare – подделывать. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 836.

² Словарь русского языка: в 4 т. / АН СССР, ин-т рус. яз. ; под ред. А.П. Евгеньевой. М.: Русский язык, 1985-1988. Т. 4. С-Я. 1988. С. 549-550; Словарь иностранных слов. М.: Рус. яз., 1986. С. 519.

³ Авторская позиция относительно понятия результатов ОРД будет аргументирована в соответствующем разделе монографии.

сящихся к подготовке, совершению преступлений или розыску причастных к ним лиц, без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, вопреки интересам государственной службы, в силу злоупотребления своими должностными полномочиями либо полномочиями государственного служащего из корыстной или иной личной заинтересованности.

Внесение любой нормы в действующий закон должно иметь для правоприменителя принципиальное значение: либо он должен что-либо делать, либо не делать, либо делать, но иначе. Целью такого внесения выступает совершенствование правоприменительной деятельности. Тогда в чем совершенствование этой деятельности в рассматриваемом случае: может быть, правоприменитель наконец понял, что провоцировать и фальсифицировать нельзя; деятельность правоохранительных органов стала эффективней; права граждан получили большую защиту? Ничего подобного. И это связано не с тем, что представители указанных органов редко читают закон или не хотят его выполнять. В связи с этим правоприменителей можно классифицировать на две категории: страдающих правовым нигилизмом (подавляющая часть) и осознающих гармонию между свободой и правопорядком¹ (к сожалению, большая редкость). Первые – даже при включении новых предписаний в закон ничего не изменяют в своей работе. Вторые – даже без рассматриваемых новелл опираются в деятельности на конституционный принцип законности (ст. 3 ФЗ об ОРД) и действуют сообразно с ним.

В связи с этим представляется, что включение в ч. 8 ст. 5 запрета на фальсификацию результатов ОРД не привносит ничего нового в нормативную правовую регламентацию оперативной работы, а просто закрепляет существующий статус-кво².

Согласно ч. 9 ст. 5 «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».

Проблема указанной нормы заключается в том, что часть помещенного там предписания относительно «прав и *законных интересов* физических и *юридических* лиц» не соответствует наименованию статьи

¹ Данное словосочетание использовано в одном из выступлений Д.А. Медведева, являвшегося в тот момент Президентом РФ.

² В международном праве под статусом-кво подразумевается какое-либо существующее или существовавшее на определённый момент фактическое или правовое положение, о восстановлении или сохранении которого идёт речь.

и содержанию всех ее остальных частей. Действительно (и выше мы уже упоминали об этом), указанное предписание относительно юридических лиц не встраивается в наименование статьи «Соблюдение прав и свобод человека и гражданина...», а упомянутые в тексте законные интересы – в права и свободы.

Формулировка, закрепленная в ч. 10 ст. 5 ФЗ об ОРД, указывает на возможность привлечения должностных лиц, нарушающих предписания данного нормативного правового акта, к установленной законом ответственности (в том числе и уголовной – Н.Ж.).

Завершая исследование нормативной регламентации соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД, следует отметить, что она не лишена значительного количества недостатков, существенно влияющих на практику достижения целей ОРД. В связи с этим ниже представляется предложенная автором корректировка совокупности норм, регулирующих вопросы соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

ГЛАВА VI. СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, КОНТРОЛЬ И НАДЗОР ЗА НЕЮ

Статья 20. Соблюдение прав и свобод человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскной деятельности

1. Органы (должностные лица), осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должны обеспечивать соблюдение прав человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни и жилища, личную, семейную тайну и тайну корреспонденции.

2. Не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных настоящим Федеральным законом.

3. Лицо, полагающее, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, вправе обжаловать эти действия в вышестоящий орган,

осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд.

4. Лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, то есть в отношении которого в возбуждении уголовного дела отказано либо уголовное дело прекращено в связи с отсутствием события преступления или в связи с отсутствием в деянии состава преступления, и которое располагает фактами проведения в отношении него оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий и полагает, что при этом были нарушены его права, вправе истребовать от органа, осуществляющего либо осуществлявшего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключаящих возможность разглашения государственной тайны. В случае, если ему будет отказано в предоставлении запрошенных сведений или если указанное лицо полагает, что сведения получены не в полном объеме, оно вправе обжаловать это в судебном порядке. В процессе рассмотрения дела в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении этому лицу сведений, в том числе в полном объеме, возлагается на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

5. С целью обеспечения полноты и всесторонности рассмотрения дела орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, обязан предоставить судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих или оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе.

6. В случае признания необоснованным решения органа, осуществляющего оперативно-розыскную

деятельность, об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю судья обязан потребовать от указанного органа предоставления заявителю сведений, предусмотренных частью четвертой настоящей статьи.

7. Полученные в результате проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, хранятся в течение срока оперативной проверки или оперативной разработки, определенного нормативными правовыми актами органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, а затем уничтожаются, если правоохранительные интересы не требуют иного. Фонограммы и другие материалы, полученные в результате оперативного контроля электрических сетей связи лиц, в отношении которых не было возбуждено уголовное дело, уничтожаются по завершении оперативной проверки или оперативной разработки, о чем составляется соответствующий протокол.

8. Органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается:

8.1. Проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения.

8.2. Принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также участие в любой форме в деятельности политических партий, общественных и религиозных объединений.

8.3. Разглашать сведения, затрагивающие неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан, которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

8.4. Побуждать лиц к совершению преступных действий.

8.5. Фальсифицировать документы оперативно-розыскного производства.

9. При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и свобод человека и гражданина вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению этих прав и свобод, возмещению причиненного вреда.

10. Нарушения настоящего Федерального закона при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

ГЛАВА II. ПРОВЕДЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ

Статья 6. Оперативно-розыскные мероприятия

При осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия:

1. Опрос.
2. Наведение справок.
3. Сбор образцов для сравнительного исследования.
4. Проверочная закупка.
5. Исследование предметов и документов.
6. Наблюдение.
7. Отождествление личности.
8. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств.
9. Контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений.
10. Прослушивание телефонных переговоров.
11. Снятие информации с технических каналов связи.
12. Оперативное внедрение.
13. Контролируемая поставка.
14. Оперативный эксперимент.
15. Получение компьютерной информации.

Приведенный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен или дополнен только федеральным законом.

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.

Оперативно-розыскные мероприятия, связанные с контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров с подключением к станционной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, со снятием информации с технических каналов связи, с получением компьютерной информации, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности, органов внутренних дел в порядке, определяемом межведомственными нормативными акта-

ми или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов, обладающих научными, техническими и иными специальными знаниями, а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе.

Запрещается проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то настоящим Федеральным законом физическими и юридическими лицами.

Ввоз в Российскую Федерацию и вывоз за ее пределы специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, не уполномоченными на осуществление ОРД физическими и юридическими лицами подлежат лицензированию в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации.

Перечень видов специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности, устанавливается Правительством Российской Федерации.

Разработка, производство, реализация и приобретение в целях продажи специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, индивидуальными предпринимателями и физическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, подлежат лицензированию в соответствии с законодательством Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Исходя из положений ст. 1 ФЗ об ОРД, указанная деятельность осуществляется посредством проведения ОРМ. Однако ФЗ об ОРД не содержит определения понятия ОРМ и тем самым не обеспечивает необходимых методологических предпосылок для единообразного понимания буквы закона. В связи с этим в специальной литературе не затихает полемика ученых о содержании данного понятия, его соотношении с ОРД в целом.

ОРД как сфера научных интересов всегда являлась объектом приложения сил значительного числа исследователей, однако в последние

годы их количество растет в геометрической прогрессии, объединяя специалистов различных отраслей знания.

Насколько актуальными, настолько и модными в настоящее время представляются проблемы формирования уголовно-розыскного права и процесса, интерпретации результатов ОРМ, их включения в процесс доказывания и некоторые другие.

Похвальные в целом идеи во многом не претворяются в жизнь по разным причинам, но, на наш взгляд, еще и потому, что их авторы, призывая к глобальным переменам, не решили пока может быть более приземленной, но от этого не менее важной задачи, заключающейся в установлении соотношения между ОРД и ОРМ.

Эта проблема важна не только для теории ОРД, но и для практики, поскольку отсутствие четкой определенности в позициях ученых зачастую побуждает практических работников сомневаться в правомерности своих действий, а лиц, осуществляющих контроль и надзор за ОРД – принимать недостаточно выверенные решения.

Возвращаясь к теме плюрализма, следует отметить, что в теории ОРД существуют различные подходы к определению сущности рассматриваемой деятельности и комментариям соответствующих норм одноименного федерального закона.

Например, А.Е. Чечётин считает, что ОРД заключается в проведении ОРМ и использовании содействия граждан, В.К. Зникин полагает, что она представляет собой систему добывания и собирания фактической оперативной информации.

Наша точка зрения отличается от приведенных существенной приближенностью к формуле законодателя и состоит в том, что ОРД базируется на подготовке и проведении ОРМ.

Позволим себе высказать резоны в защиту собственного мнения, используя для этого фрагменты текста ФЗ об ОРД.

В семнадцати из двадцати трех статей настоящего закона сорок четыре раза в различных падежных формах упоминается словосочетание «оперативно-розыскные мероприятия». Указанный количественный параметр означает, вероятно, что именно ОРМ являются основой ОРД.

При исследовании качественных характеристик сути данного законодательного акта целесообразно обратить внимание на следующие фрагменты формулировок:

– ст. 1 – «оперативно-розыскная деятельность – вид деятельности, осуществляемой... посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий...»;

– ч. 1 ст. 6 – «при осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия...».

Анализ предложенных фрагментов в их совокупности также позволяет заключить, что стержневым элементом ОРД являются ОРМ.

На это ориентирует и формулировка ч. 5 ст. 6 ФЗ об ОРД, согласно которой «должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов..., а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе...». Как мы видим, первая часть представленного текста подтверждает нашу позицию относительно существа ОРД, а вторая указывает на вспомогательный характер привлечения отдельных лиц для обеспечения рассматриваемой правоохранительной функции.

Наиболее ярко демонстрируют такое соотношение нормы ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, фиксирующие права органов, осуществляющих ОРД. Конструкция ее такова, что п. 1 описывает основное полномочие оперативных подразделений, заключающееся в проведении оперативно-розыскных мероприятий, а нормы п. 2-5 имеют вспомогательный характер, позволяющий при подготовке и проведении таких мероприятий:

- использовать помощь граждан на конфиденциальной основе (п. 2);
- использовать служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц (п. 3);
- использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе (п. 4);
- создавать в установленном законодательством порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимых для решения задач оперативно-розыскной деятельности (п. 5).

Завершает исследование качественной характеристики сущности ОРД анализ содержания ст. 22 ФЗ об ОРД, согласно которому «руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, несут персональную ответственность за соблюдение законности при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий».

В данном случае попытаемся подтвердить отстаиваемую нами позицию доказательством «от обратного». Примем как единственно верную, например, точку зрения о том, что ОРД заключается в проведении

ОРМ и содействию граждан оперативным подразделениям. В этом случае законодатель должен бы был обратить ведомственный контроль не только на указанную в рассматриваемой статье сферу, но и на организацию оперативными подразделениями работы по осуществлению гражданами содействия правоохрнительным органам. Поскольку это не сделано, постольку, видимо, законодатель посчитал, что содействие граждан субъектам ОРД носит обеспечивающий характер при подготовке и проведении ОРМ.

Аналогичную операцию можно выполнить для опровержения и другого отмеченного нами суждения. Результат, безусловно, будет идентичным.

Принимая изложенные резоны как совокупность доказательств отстаиваемой нами позиции, мы приходим к выводу, что законодатель совершенно справедливо отнес ОРМ к основному содержанию ОРД.

Вместе с тем многие теоретики и практики достаточно критично относятся к этой идее, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем ОРМ и объемом фактических действий, осуществляемых оперативными работниками в ходе ОРД.

Действительно, практика показывает, что таких действий неизмеримо больше и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ, как его элементы. Поэтому нам необходимо однозначно ответить на вопрос: «Охватывают ли ОРМ весь спектр возможностей органов, осуществляющих ОРД?».

Для ответа на него следует обратиться к ст. 6 ФЗ об ОРД, в ч. 1 которой дан исчерпывающий перечень ОРМ. Анализ представленных в нем мероприятий и сопоставление с ними возможностей (и потребностей) оперативных подразделений позволяет судить о наличии в оперативно-розыскной практике мероприятий, не включенных в указанный перечень. К таким мероприятиям следует отнести, например, вербовочную беседу, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, организацию засады и т.п.

С целью подтверждения данного положения можно использовать следующие рассуждения. Несмотря на различные подходы специалистов к формулированию понятия ОРМ, во всех из них присутствуют такие элементы, как:

- оперативно-розыскная цель проводимого мероприятия;
- практические действия оперативно-розыскного характера;
- силы, их осуществляющие.

Применение указанных элементов к предложенным в качестве оперативно-розыскных мероприятиям позволяет судить, что:

при вербовочной беседе:

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является получение согласия привлекаемого лица на оказание содействия оперативному подразделению органа внутренних дел;

- практическими действиями выступают предпринятые оперативным сотрудником в процессе беседы меры по достижению вышеуказанной цели;

- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения;

2) при задержании лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого):

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является его физическое задержание и доставление в орган внутренних дел;

- практическими действиями выступают предпринятые оперативным сотрудником меры по достижению вышеуказанной цели;

- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения или лицо, содействующее ему на гласной основе;

3) при засаде:

- оперативно-розыскной целью проводимого мероприятия является обнаружение и задержание лица, подозреваемого в совершении преступления (разыскиваемого);

- практическими действиями выступают предпринятые оперативным работником меры по достижению вышеуказанной цели;

- субъектом мероприятия выступает штатный сотрудник оперативного подразделения или лицо, содействующее ему на гласной основе.

Следовательно, поскольку анализируемые мероприятия содержат элементы, присущие ОРМ, постольку их было бы правомерно отнести к указанной категории.

Такие рассуждения дают основания для изменения существующей нормативной правовой ситуации, но точки зрения о конечной цели этой трансформации различны. Отдельными авторами высказывается позиция о необходимости обязательного отражения в ч. 1 ст.6 ФЗ об ОРД ОРМ, ограничивающих права граждан, а также фиксации примерного перечня других мероприятий с завершением его словосочетанием «и иные».

Однако углубленное изучение проблемы позволило найти иной, более приемлемый, на наш взгляд, подход, согласно которому предлагается в статье ФЗ об ОРД, посвященной ОРМ, действительно отразить их перечень, а в отдельной статье закона дать определения этих понятий.

Что же касается иных мероприятий, то следует определить общие условия проведения тех или иных действий, позволяющие отнести последние иным мероприятиям. К таким условиям, представляется, правомерно отнести преследуемую оперативным подразделением оперативно-розыскную цель, практические действия оперативно-розыскного характера и оперативно-розыскные силы, участвующие в осуществлении этого мероприятия.

Предложенный подход позволит избежать ситуации, при которой каждое «вновь открытое» мероприятие будет проходить длительную законодательную процедуру включения в имеющийся перечень оперативно-розыскных и иных мероприятий.

Что касается самих ОРМ, закрепленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, то одни авторы под ОРМ понимают проводимое уполномоченными на то лицами на основании и в порядке, предусмотренных ФЗ об ОРД, добывание фактических данных, входящих в предмет исследования по конкретному делу оперативного учета или первичным материалам, а также необходимых для решения других задач ОРД¹.

Другие считают, что ОРМ – это структурный элемент ОРД, состоящий из системы взаимосвязанных действий, направленных на решение конкретных тактических задач. ОРМ носят разведывательно-поисковый характер и направлены на получение информации о лицах, замышляющих, подготавливающих и совершающих преступление, о наличии материальных следов противоправной деятельности, мест нахождения лиц, скрывающихся от следствия и суда, а также без вести пропавших².

Оба этих определения, как и вышеупомянутые, не лишены недостатков. В первом из них делается упор исключительно на добывание фактической информации. В этом смысле определение противоречит сути ОРД, заключающейся в добывании и использовании оперативно значимой информации в решении поставленных перед ней задач. Рассматриваемое же определение, отмечая одну из сторон ОРМ (познавательную) – добывание информации, абсолютно упускает ее вторую часть (деятельную) – использование указанных сведений. Действительно, представляется бессмысленным добывание той или иной информации без ее последующего использования.

Недостатком второго определения является то, что из его формулировки (предложение первое) абсолютно непонятно предназначение исследуемой совокупности действий. Во втором предложении отмечает-

¹ Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие. М.: Издатель И.И. Шумилова, 1998. С. 60.

² Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.В. Николюка. М.: Спарк, 2003. С. 51-52.

ся, что ОРМ носят разведывательно-поисковый характер и направлены на получение информации. Обе отстаиваемые авторами черты ОРМ нельзя принять. Теория и практика борьбы с преступностью убедительно свидетельствуют, что практически любое мероприятие в рамках ОРД может осуществляться с различными целями (например, опрос – добывание информации, дезинформация и т.п.; оперативное внедрение – добывание информации, решение задачи по разобличению преступной группы и т.п.).¹

Для того чтобы дать собственное определение понятия ОРМ, следует сначала определиться с термином «мероприятие».

Мероприятие – совокупность действий, объединенных единым замыслом. Таким образом, **оперативно-розыскное мероприятие** представляет собой *совокупность основанных на использовании оперативно-розыскных сил, средств и методов, объединенных единым тактическим замыслом действий, осуществляемых оперативными подразделениями в целях своевременного выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений, розыска причастных к ним лиц и без вести пропавших, решения других задач ОРД.*

Поскольку в рамках ОРД решаются разные задачи, должностные лица оперативных подразделений в зависимости от сложившейся ситуации избирают различную совокупность действий, определяющую вид ОРМ и тактику его проведения.

Перечень, закрепленный в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, объединяет пятнадцать таких мероприятий². Различные авторы делали попытки распределить ОРМ по разным основаниям, но наиболее удачной представляется классификация по критерию уровня их санкционирования.

В зависимости от характера и степени общественной значимости выделяют следующие категории ОРМ³:

1) несанкционируемые (данная категория характеризуется отсутствием у должностного лица в подавляющем большинстве случаев необходимости обращаться к кому-либо за разрешением на их проведение):

опрос;

¹ Подробный анализ определений понятия «оперативно-розыскные мероприятия» см.: Чечётин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия: понятие, сущность, структура : препринт. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2004.

² В аналогичных законах государств, ранее входивших в состав СССР (Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Республика Таджикистан, Туркменистан, Украина), их насчитывается от семи до двадцати трех.

³ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. А.Ю. Шумилова. М., 2004. С. 64-65.

наведение справок;
сбор образцов для сравнительного исследования;
исследование предметов и документов;
наблюдение;
отождествление личности;

2) ведомственного санкционирования (эта категория мероприятий, наоборот, в большинстве случаев¹ нуждается в санкционировании со стороны руководителя органа, осуществляющего ОРД, посредством вынесения постановления, утверждаемого указанным должностным лицом):

проверочная закупка;
оперативное внедрение;
контролируемая поставка;
оперативный эксперимент;

3) судебного санкционирования (проведение данных мероприятий как ограничивающих конституционные права граждан за редким исключением² возможно лишь при наличии судебного разрешения в виде постановления федерального судьи):

обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств;
контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений;
прослушивание телефонных переговоров;
снятие информации с технических каналов связи;
получение компьютерной информации.

В связи с этим следует обратить внимание на два недостатка, содержащихся в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД.

Первый из них связан с неверными, по нашему мнению, формулировками ОРМ. Не подвергая анализу каждое из них, отметим, что такие мероприятия, как опрос, наведение справок, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств весьма схожи с действиями, осуществляемыми, например, частными детективами. С целью отграничения мероприятий сотрудников оперативных подразделений от действий иных лиц и для закрепления их родовой принадлежности предлагается (и в пользу этого уже высказывались В.М. Аتماжитов и В.Г. Бобров) перед названием каждого меро-

¹ Проведение проверочной закупки и контролируемой поставки предметов, веществ и продукции, которые не запрещены и не ограничены в обороте, не требует получения такого разрешения.

² Речь идет об исключениях, содержащихся в ст. 8 ФЗ об ОРД, и о проведении обследования, объектом которого будет являться не жилище.

приятия добавить термин «оперативный» (например, оперативный опрос, оперативное наведение справок, оперативное наблюдение, оперативное отождествление личности и т.п.).

Второй недостаток заключается в формулировании трех ОРМ технического характера, которые, на наш взгляд, весьма похожи, поскольку осуществляются практически одинаковым образом (с возможными небольшими отличиями). В пользу тождественности ОРМ в своем диссертационном исследовании высказывался А.А. Черных, анализируя сходство и различие прослушивания телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи и предлагая единое мероприятие – контроль электрических сетей связи¹.

Федеральным законом от 06.07.2016 № 374-ФЗ в ФЗ об ОРД введено новое ОРМ «получение компьютерной информации», и, хотя оно еще недостаточно проработано², имеющиеся сведения позволяют судить об использовании для его осуществления аппаратуры операторов связи, как, собственно, делается и при проведении отмеченных выше мероприятий. Поэтому можно предположить отсутствие необходимости законодательного деления ОРМ технического уровня (прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, получение компьютерной информации) на отдельные мероприятия, а объединить их под одним названием, например, контроль электрических сетей связи. При этом в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» сеть связи определяется как технологическая система, включающая в себя средства и линии связи и предназначенная для электросвязи или почтовой связи (п. 24); средства связи – технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки сообщений электросвязи или почтовых отправлений, а также иные технические и программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи, включая технические системы и устройства с измерительными функциями (п. 28); электросвязь – любые излучение, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам (п. 35).

¹ Черных А.А. Правовая, организационная и тактическая основы контроля электрических сетей связи оперативными подразделениями органов внутренних дел :дис. ... канд. юрид. наук. Омск: Омская академия МВД России, 2004.

² По крайней мере, на настоящий момент отсутствуют какие-либо нормативные правовые акты, регулирующие организацию и тактику его проведения.

Таким образом, представляется целесообразным вместо трех существующих ОРМ технического характера, ограничивающих конституционные права граждан, включить в закон одно – оперативный контроль электрических сетей связи. Данное мероприятие будет охватывать все действия, необходимые для контроля электрических сетей связи, в том числе электронных устройств, используемых для передачи/приема/хранения/обработки информации.

Анализ ч. 2 рассматриваемой статьи позволяет судить о том, что приведенный в ч. 1 перечень ОРМ является закрытым, что, на наш взгляд, представляется еще одним недостатком закона.

Вместе с тем многие теоретики и практики достаточно критично относятся к идее закрытости списка ОРМ, исходя из наличия очевидных несоответствий между зафиксированным в законе перечнем и объемом фактических действий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений в ходе ОРД.

Практика показывает, что таких действий неизмеримо больше, и не все они могут быть включены в то или иное ОРМ как его элементы. Поэтому нам необходимо однозначно ответить на вопрос: «Охватывают ли ОРМ весь спектр возможностей органов, осуществляющих ОРД?».

Для ответа на него следует обратиться к ст. 6 ФЗ об ОРД, где в ч. 1 дан исчерпывающий перечень ОРМ. Анализ представленных в нем мероприятий и сопоставление с ними возможностей (и потребностей) оперативных подразделений позволяют судить о наличии в оперативно-розыскной практике ОРМ, не включенных в указанный перечень. К таким мероприятиям следует отнести, например, задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, организацию засады и т.п.

Выше мы уже подтверждали данное положение, так что возвращаясь к нему полагаем нецелесообразным.

Наши рассуждения дают основания для изменения существующей нормативной правовой ситуации, но точки зрения о конечной цели этой трансформации различны. Отдельными авторами высказывается позиция о необходимости обязательного отражения в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД ОРМ, ограничивающих права граждан, а также фиксации примерного перечня других мероприятий с завершением его словосочетанием «и иные».

Однако углубленное изучение проблемы позволило найти иной, более приемлемый, на наш взгляд, подход, согласно которому предлагается в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД действительно отразить перечень ОРМ. В статье, посвященной основным понятиям, используемым в законе, следует дать определения каждого ОРД. Что же касается иных мероприятий, то следует квалифицировать общие условия проведения тех или

иных действий, позволяющие отнести последние к ОРМ. К таким условиям, представляется, правомерно отнести преследуемую оперативным подразделением оперативно-розыскную цель, практические действия оперативно-розыскного характера и оперативно-розыскные силы, участвующие в осуществлении этого мероприятия.

Действующее оперативно-розыскное законодательство характеризует оперативно-розыскной процесс как *совокупность* ОРМ, направленных на защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств¹, позволяющих решить различные частные задачи ОРД².

Против подхода к содержанию ОРД как исключительно совокупности ОРМ обоснованно выступали представители кафедры организации оперативно-розыскной деятельности Академии управления МВД России В.М. Атмажитов и В.Г. Бобров, которые отмечали: «Надо признать, что оперативно-розыскные мероприятия составляют «сердцевину» оперативно-розыскной деятельности, но они далеко не исчерпывают всего ее содержания». Они же ратовали за необходимость включения в закон нормы, разрешающей применять и иные мероприятия³. А.Ю. Шумилов также указывал, что ОРД осуществляется не только с помощью ОРМ, но является системой «оперативно-розыскных средств, действий и решений»⁴. Осуществлял подобные шаги и автор настоящей работы, который считает, что «в общеупотребительном смысле ОРД представляет собой целостную систему оперативно-розыскных *и иных* мероприятий, осуществляемых сотрудниками оперативных подразделений и оказывающими им содействие лицами в борьбе с преступностью»⁵. Таким образом, не только упоминавшиеся выше, но и многие другие авторы настаивали и продолжают настаивать на том, что ОРМ является не единственным структурным элементом ОРД, и постановка между ними знака

¹ Статья 1 ФЗ об ОРД.

² По мнению автора, под частными задачами ОРД следует понимать отдельные результаты, которых необходимо достичь для решения общих задач ОРД (установление местонахождения похищенного имущества, привлечение лица к содействию и т.п.).

³ См. Атмажитов В.М., Бобров В.Г. Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики : материалы научно-практического семинара / отв. ред. В.М. Атмажитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 6, 9.

⁴ Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. проф. А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 64.

⁵ Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник. С. 9.

равенства является законодательным недостатком предписания ст. 1 ФЗ об ОРД, не вписывающимся в теорию ОРД.

На практике же отмеченный нормативный пробел обуславливает существование проблемы оценки правомерности действий сыщиков, в свою очередь, влияющей на возможность использования их результатов в решении задач ОРД и уголовного судопроизводства. Поэтому, на наш взгляд, назрела необходимость во включении наиболее часто применяемых в оперативно-розыскной практике, но не перечисленных в ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД действий, в рассматриваемый законодательный акт.

Для этого сначала следует определиться с тем, как будут называться эти действия, что из себя они будут представлять, по каким параметрам относить те или иные из них к правомерным.

Мы полагаем, что такие действия следует назвать иными оперативными мероприятиями¹.

Представляется, что **иное оперативное мероприятие** – *любая совокупность правомерных действий, осуществляемых уполномоченным лицом государственного правоохранительного органа или специальной службы, не отраженных в перечне оперативно-розыскных мероприятий, но соответствующих определенным в законе условиям и направленным на решение задач оперативно-розыскной деятельности.*

Отсюда возникает следующий вопрос: какие условия должны соблюдаться, чтобы эти действия или их совокупность признавались иным оперативным мероприятием². С целью его разрешения, на наш взгляд, в ст. 6 ФЗ об ОРД необходимо сформулировать следующее предписание: *«Любая совокупность правомерных действий, не отраженная в части первой настоящей статьи, но направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности и соответствующая представленным ниже условиям, образует иное оперативное мероприятие, если:*

осуществляется уполномоченным субъектом оперативно-розыскной деятельности;

преследует достижение целей и решение задач оперативно-розыскной деятельности;

представляет собой не подпадающие под понятие оперативно-розыскного мероприятия практические действия с использованием сил, средств и методов оперативно-розыскной деятельности».

¹ С одной стороны, такое название не выпадает из контекста оперативно-розыскной деятельности и регулирующего ее закона, с другой – отличает рассматриваемые совокупности действий от ОРМ.

² Напоминаем, что в действующей редакции ФЗ об ОРД такие условия не содержатся.

При соблюдении таких условий к иным оперативным мероприятиям можно отнести значительное количество совокупностей оперативно значимых действий – оперативное задержание; оперативный досмотр; оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений; оперативное прерывание предоставления услуг связи; оперативное вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки, территории, в транспортные средства; засаду; привлечение к содействию и т.п.

Поразительно, но сегодня сотрудники большинства государственных правоохранительных органов и специальных служб, осуществляющих оперативно-розыскное противодействие преступности, не имеют реальных нормативно закрепленных рычагов воздействия на правонарушителей. Это еще раз убеждает в правильности мысли о необходимости введения в закон иных оперативных мероприятий, в значительной степени представляющих собой меры государственного принуждения¹.

Объем работы не позволяет подробно остановиться на всех оперативных мероприятиях, которые можно было бы назвать. Поэтому следует оценить лишь некоторые из них – те, которые наиболее часто встречаются в оперативно-розыскной практике: оперативное задержание, оперативный досмотр, оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

По нашему мнению, **оперативное задержание** – *иное оперативное мероприятие, заключающееся в физическом ограничении возможности свободного передвижения лица и осуществления им иных действий с целью принудительного препровождения в правоохранительный орган, решения других частных задач оперативно-розыскной деятельности.*

Оно наиболее характерно для проведения таких ОРМ, как проверочная закупка, оперативный эксперимент, контролируемая поставка.

Оперативное задержание не имеет нормативной правовой регламентации. В настоящий момент действуют два законодательных акта, так или иначе регулирующих задержание лица, заподозренного в подготовке или совершении преступления – УПК РФ и ФЗ «О полиции». Попробуем рассмотреть имеющиеся в них возможности применительно к весьма распространенному на практике задержанию лица при сбыте им наркотических средств.

¹ См. об этом: Чумаров С.А. О механизме защиты прав граждан в случаях применения принудительных процедур при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Аллея науки. 2018. Т. 2. № 8 (24). С. 648-652.

В частности, в ст. 91 УПК РФ содержатся следующие основания задержания подозреваемого:

«1) когда это лицо *застигнуто при совершении преступления* или непосредственно после его совершения;

2) когда потерпевшие или очевидцы *укажут на данное лицо* как на совершившее преступление;

3) когда *на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище* будут обнаружены *явные следы преступления*».

Вместе с тем в соответствии со ст. 46 УПК РФ «подозреваемый, задержанный в порядке, установленном статьей 91 настоящего Кодекса, должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания», т.е. до окончания отмеченного периода времени должно быть возбуждено уголовное дело, что в нашем случае возможно только после подтверждения специалистом факта соответствия изъятого в ходе ОРМ вещества наркотическому. И если в условиях крупного города сделать это не представляет большой сложности, то в малонаселенных пунктах это – существенная проблема.

Более того, представим себе часто встречающуюся ситуацию, когда заподозренное в совершении преступления лицо отказывается добровольно перемещаться с места задержания в правоохранительный орган. В этом случае, например, у полиции есть хотя бы какая-то возможность решить данную проблему¹, чего не скажешь о сотрудниках иных правоохранительных органов и специальных служб, которым такие права законом не предоставлены.

Что касается ФЗ «О полиции», то в ст. 14 его главы 4 «Применение полицией отдельных мер государственного принуждения» содержится регламентация вопросов задержания. В ней, в частности, перечислены категории лиц, которые могут быть подвергнуты задержанию, и определены некоторые условия действий полиции при осуществлении этой меры государственного принуждения. Однако ни в одной из 13 отраженных в статье позиций относительно категорий лиц, которых имеет право задерживать полиция, не содержится указания на возможность задержания лица для решения задач оперативно-розыскной деятельности. Конечно, в ней, например, отмечается право полиции задерживать лиц, подозреваемых в совершении преступления², однако, по основаниям,

¹ В соответствии с п. 13 ст. 13 ФЗ «О полиции» ей предоставлено право «доставлять граждан, то есть осуществлять их принудительное препровождение, в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции...».

² Поскольку ОРД в основном осуществляется ради борьбы с преступностью, можно сделать вывод, что любые иные основания для задержания лица, не связан-

которые предусмотрены уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации. А это означает, как мы уже отмечали выше, что, например, в результате проведения проверочной закупки процессуальное задержание лица, подозреваемого в сбыте наркотиков, будет правоммерным лишь в том случае, когда исследование позволит идентифицировать изъятое вещество как наркотическое.

Кроме того, «в ст. 92 УПК РФ содержится регламентация только незначительной части фактического порядка задержания – регламентация единственного заключительного этапа задержания. В УПК РФ вообще отсутствует норма, которая бы предусматривала полный порядок задержания, существующий фактически, реально.

При сравнении практически существующего и предполагаемого нормами УПК РФ порядка задержания, обнаруживается, что реальное фактическое ограничение лица в свободе передвижения находится за границами уголовно-процессуального отношения по поводу задержания лица по подозрению в совершении преступления. В рамках уголовно-процессуального отношения находится только составление протокола о задержании. Само задержание, таким образом, не имеет уголовно-процессуальной регламентации»¹.

Отсюда следует вывод, что предписания УПК РФ, посвященные проблеме задержания, не могут быть основой нормативного регулирования фактического задержания лица.

Отсутствие соответствующих норм в профильных законах иных, кроме органов внутренних дел, ведомств, как и в ФЗ об ОРД, создает серьезные препятствия для решения государственных правоохранительных задач, поскольку относит осуществляемые сыщиками действия к разряду неправомерных. Поэтому единственным путем разрешения существующей ситуации выступает законодательное регулирование рассматриваемой и иных описываемых в работе совокупностей оперативно значимых действий.

Так как же законодательно урегулировать фактическое задержание заподозренного в преступной деятельности лица сотрудниками оперативного подразделения любого правоохранительного ведомства или специальной службы? На наш, взгляд, сделать это можно единственным путем – посредством определения и включения в ФЗ об ОРД условий, указанных автором в начале статьи. По этому же пути следует пойти,

ные с подготовкой или совершением преступления, для настоящего исследования не представляют научного и практического интереса.

¹ Подр.: Бабурин В.В., Сурихин П.Л. Незаконное задержание: уголовно-правовой и уголовно-процессуальный аспекты : монография. Красноярск :СибЮИ МВД России, 2004. С. 69.

поместив в ФЗ об ОРД определения понятий иных оперативных мероприятий.

После задержания подозреваемого его необходимо досмотреть.

Оперативный досмотр – иное оперативное мероприятие, предполагающее действия сотрудников оперативного подразделения и иных должностных лиц правоохранительного органа или специальной службы, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по обнаружению на теле или в его естественных полостях, в одежде лица либо находящихся при нем вещах и в принадлежащих ему транспортных средствах материальных объектов, имеющих значение для решения задач борьбы с преступностью.

Досмотр в существующей нормативной ситуации осуществляется полицией в соответствии с п. 16 ст. 13 ФЗ «О полиции», в котором отмечается ее право «осуществлять в порядке, установленном законодательством об административных правонарушениях, личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества и их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, изымать указанные предметы, средства и вещества при отсутствии законных оснований для их ношения или хранения...».

В связи с этим стоит обратить внимание на два очень существенных момента: во-первых, рассматриваемая норма может реализовываться исключительно полицией, во-вторых, в ней перечислен закрытый перечень материальных объектов, подлежащих обнаружению и изъятию. Здесь не отражены материальные объекты, являющиеся потенциальными доказательствами преступной деятельности (например, помеченные денежные купюры, документы, печати, штампы с признаками подделки и т.п.). Таким образом, использовать указанное положение в ходе оперативно-розыскной деятельности иными субъектами правоохранительной деятельности в большинстве случаев не представляется невозможным.

Конечно, рассматривая проблемы оперативного досмотра, нельзя забывать о норме, содержащейся в ч. 3 ст. 48 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах», согласно которой «должностные лица органов внутренних дел, таможенных органов, органов федеральной службы безопасности при осуществлении контроля за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров *вправе производить досмотр* граждан, почтовых и багажных отправок, транспортных средств и перевозимых грузов при наличии достаточных оснований полагать, что

осуществляются незаконные хранение, перевозка или пересылка наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров».

Правда, следует сразу же оговориться: для того, чтобы эта норма работала, необходимо соблюдение условия, содержащегося в ч. 1 рассматриваемой статьи, согласно которой «в целях предупреждения, выявления и пресечения преступлений в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в местах произрастания и культивирования наркосодержащих растений, а также в местах возможного осуществления незаконных перевозок наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров *решениями органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации* в соответствии с настоящим Федеральным законом и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации *определяются территории, в пределах которых осуществляется контроль* за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров».

Поскольку федеральными властями такой нормативный правовой акт не разработан, в ряде регионов страны приняты законы субъектов Федерации, признающие подведомственные им пространства территориями, в пределах которых осуществляется контроль хранения, перевозки или пересылки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров»¹.

Описанные обстоятельства обеспечивают правомерное проведение оперативного досмотра, но только в отношении наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров, и исключительно на территориях субъектов, законодательные органы которых приняли соответствующие нормативные правовые акты.

Поэтому потребность во включении в ФЗ об ОРД предписания о возможности проведения оперативного досмотра² рассматривается нами как насущная необходимость в повышении эффективности правоохранительной деятельности и установлении должного правопорядка.

¹ Об определении Красноярского края территорией, в пределах которой осуществляется контроль за хранением, перевозкой или пересылкой наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров : закон Красноярского края от 25.11.2010 № 11-5325.

² Здесь мы не рассматриваем вопросы личного обыска, поскольку они связаны с возбуждением уголовного дела, которое возможно лишь после оперативного задержания, оперативного досмотра лица, оперативного изъятия у него вещества, его оперативного исследования и идентификации как наркотического средства.

В ходе досмотра может происходить обнаружение и изъятие материальных объектов, представляющих оперативный интерес для субъектов ОРД.

Оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений – иное оперативное мероприятие, состоящее в применении с целью решения задач борьбы с преступностью временного принудительного лишения лица права пользоваться и распоряжаться указанными объектами и перемещения их в орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, не приводящих к их отчуждению и не порождающих перехода права собственности к государству.

С одной стороны, возможность органов, осуществляющих ОРД, производить при проведении ОРМ изъятие документов, предметов, материалов и сообщений сформулирована в ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, но она впоследствии¹ обставлена таким количеством условий и процедур, что представляется весьма сложной для применения². С другой стороны, изъятие в законе не причислено ни к каким оперативным действиям, а выступает как право оперативных подразделений. В связи с этим, на наш взгляд, было бы правомерным отнести изъятие к оперативным мероприятиям и по возможности упростить существующую процедуру. Для этого автор предлагает включить в закон следующие предписания:

«В случае оперативного изъятия документов, предметов, материалов, сообщений при проведении гласных оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

При возникновении угрозы ухудшения оперативно-хозяйственной деятельности юридического лица в связи с изъятием у него документов по требованию его полномочного представителя с них должностным лицом, осуществившим изъятие, изготавливаются копии и в течение 10 суток с момента составления протокола передаются представителю юридического лица оговоренным с ним правомерным способом.

По требованию физического лица, у которого были изъяты документы, должностное лицо, осуществившее изъятие, изготавливает и в течение 10 суток с момента составления протокола передает ему копии документов оговоренным с ним правомерным способом.

¹ В ред. Федерального закона от 26.12.2008 № 293-ФЗ.

² См. об этом: Железняк Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» // Оперативник (сыщик). 2010. № 3 (24). С. 27-29.

В случае изъятия большого количества документов копии изготавливаются лишь с тех из них, отсутствие которых может отрицательно повлиять на оперативно-хозяйственную деятельность юридического или жизнедеятельность физического лица».

Такие законодательные нововведения, на наш взгляд, минимизируют существующую процедуру оперативного изъятия и позволят придать ему большую эффективность.

Но и это, по нашему мнению, представляется недостаточным для оценки правомерности ОРД. Выше мы отметили существование в ней кроме оперативно-розыскных иных оперативных мероприятий как неких реализуемых уполномоченными должностными лицами совокупностей действий, наличие которых необходимо отметить в ФЗ об ОРД. Однако, как быть, если в ходе ОРД осуществляются не содержащиеся в предлагаемой редакции ФЗ об ОРД¹ одно конкретное действие или их совокупность, – например, передача «закупщику» записывающего устройства, копирование денежных купюр, используемых как средство расчета при проверочной закупке, оформление конкретных документов и т.п.?

Полагаем, что их целесообразно охарактеризовать как **оперативно значимые действия** – *любые правомерные действия сотрудников оперативного подразделения и иных должностных лиц правоохранительного органа или специальной службы, не отраженные в законе, но не противоречащие целям оперативно-розыскной деятельности и направленные на решение ее задач.*

Включение в ФЗ об ОРД понятия *оперативно значимых действий* позволит сотрудникам оперативных подразделений и иным уполномоченным должностным лицам избежать обвинений со стороны представителей защиты и надзирающего органа в осуществлении в ходе ОРД шагов, не предусмотренных законом и, следовательно, оцениваемых как противоправные.

Возможно (как менее удачный вариант, дополняющий решение отмеченных проблем) распространение навсе субъекты ОРД положений ст. 15, 18-24 ФЗ «О полиции», позволяющих в необходимых случаях осуществлять входение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории, применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие, либо внесение соответствующих предписаний в ФЗ об ОРД.

Очевидно, что предлагаемые автором пути совершенствования нормативной правовой регламентации, теории и практики ОРД должны

¹ Разместить в законодательном акте все возможные действия уполномоченных лиц органов, осуществляющих ОРД, полагаем, невозможно.

найти отражение в ФЗ об ОРД. Такой подход позволит уполномоченным должностным лицам чувствовать себя более свободными и защищенными в практическом решении задач борьбы с преступностью¹.

Однако предварительно на уровне диссертационного или иного монографического исследования следует тщательно оценить значение и целесообразность введения в ОРД и ее правовую регламентацию иных оперативных мероприятий.

Предписание ч. 3 рассматриваемой статьи отмечает возможность в ходе проведения ОРМ использовать «информационные системы, видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемку, а также другие технические и иные средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде».

Насколько это предписание является значимым исследуем на примере судебного рассмотрения одного из дел, связанных с использованием технических средств для документирования преступной деятельности фигурантов.

Оперативно-розыскная деятельность представляет собой одно из основных средств государственного противодействия преступности в России. Как бы ни значимо было уголовное судопроизводство, 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 ФЗ об ОРД перечислены полтора десятка ОРМ, в основном 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 со всей убедительностью 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 непрофессионалов, сродни вторжению в конституционные права граждан. Так ли это на самом деле, в конечном счете решает КС РФ. Практика принятия им решений по вопросам ОРД насчитывает более 250 актов, в подавляющем большинстве которых жалобы на якобы незаконные действия оперативных подразделений, признаны несостоятельными.

¹ По мнению французского философа и энциклопедиста Шарля Луи Монтескье, свобода есть право делать все, что дозволено законами.

В предложенном примере рассматривается ситуация, связанная с использованием в ходе ОРД технических средств мобильной связи, изъятых у подозреваемого в совершении преступления. Так, 25.10.2018 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 она признается недопустимой.

Несмотря на то, что данное решение согласно ст. 6 упомянутого закона 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, 15 (ч. 2), 17, 18, 23, 45, 46, 49 и 50 (ч. 2) Конституции РФ статью 8 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» ФЗ об ОРД в той мере, в какой содержащиеся в ней нормы по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, позволяют органам, осуществляющим ОРД, проводить 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 изъятых 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, осу-

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 25.10.2018 № 2792-О.

² О Конституционном Суде Российской Федерации : Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ.

шествующих, видимо, оперативную разработку указанного лица, нарушений закона; КС РФ – о том, что ст. 8 ФЗ об ОРД не может расцениваться как нарушающая конституционные права заявителя.

Для того чтобы несколько прояснить ситуацию, на наш взгляд, следует разрешить три вопроса:

во-первых, можно ли использовать изъятое имущество для решения задач ОРД;

во-вторых, какое ОРМ с использованием изъятого имущества проводили сотрудники оперативного подразделения;

в-третьих, не нарушали ли их действия конституционных прав заявителя.

Первый вопрос представляется наиболее проблемным.

С одной стороны, в п. 1 ч. 1 ст. 15 «Права органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность» ФЗ об ОРД зафиксировано их право «производить при их (ОРМ – Н.Ж.) проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений...». А это означает, что изъятие у заявителя мобильного телефона (при наличии соответствующих оснований) является правомерным.

В ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД «Оперативно-розыскные мероприятия» 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 ФЗ «О полиции» также содержатся предписания, позволяющие, на наш взгляд, достойно выйти из этого не совсем понятного положения. Так, в ч. 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 п. 25 ст. 13 «Права полиции» ей предлагается *«использовать для обнаружения и изъятия незаконно вносимых (выносимых), ввозимых (вывозимых) имущества, вещей, предметов и для фиксирования 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 техниче-*

ские и специальные средства, не причиняющие вреда жизни и здоровью граждан, а также окружающей среде».

Таким образом, ни в ФЗ об ОРД, ни в ФЗ «О полиции» не существует запрета на использование в противодействии преступности изъятого у граждан имущества, что, по-видимому, характеризует рассматриваемую нами ситуацию как правомерную.

Вопрос о наименовании проведенного сотрудниками оперативного подразделения ОРМ с использованием изъятого 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.

Несколько сужают поле деятельности в рамках проведения рассматриваемого мероприятия волгоградские 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»².

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. Те же С.И. Давыдов и А.Е. Чечётин представляют его как «ОРМ, основанное на моделировании оперативно-разыскной ситуации, позволяющей опытным путем обнаружить противоправные действия как находящихся под контролем, так и неизвестных лиц для документирования и пресечения их преступной деятельности. Его содержа-

¹ Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь-справочник / под ред. Н.С. Железняк. С. 89.

² Оперативно-разыскная деятельность органов внутренних дел в схемах и определениях : учебное пособие / под ред. С.Д. Назарова. Волгоград : ВА МВД России, 2016. С. 42.

³ Термины и выражения, применяемые в оперативно-розыскной деятельности : словарь-справочник / под ред. Н.С. Железняк. С. 92.

ние 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»¹. В волгоградском учебном пособии 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»².

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

На некоторых интернет-сайтах, в научных и околонучных источниках оперативная игра описывается как термин, использовавшийся советскими органами государственной безопасности и означавший систему 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 радиоиграми³.

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 контролируруемыми лицами для введения их в*

¹ Оперативно-разыскные мероприятия в деятельности органов внутренних дел : учебное пособие. М. : ЦОКР МВД России, 2009. С. 84.

² Оперативно-разыскная деятельность органов внутренних дел в схемах и определениях : учебное пособие / под ред. С.Д. Назарова. С. 41.

³ Контрразведывательный словарь. М. : Высшая краснознаменная школа Комитета Государственной Безопасности при Совете Министров СССР им. Ф.Э. Дзержинского, 1972.

заблуждение с целью 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 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ 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», – исследование ст. 8 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ об ОРД представляют собой своеобразную систему санкционирования ограничения конституционных прав граждан при проведении отдельных ОРМ. Что касается реализации положения, содержащегося в ч. 1 ст. 17 Конституции РФ, то ему посвящена самая большая по объему статья ФЗ 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, российская Конституция вслед за современными европейскими конституциями существенно расширила перечень неотчуждаемых прав, отнеся к ним право на жизнь, на свободу, на охрану достоинства, на равенство, свободу совести, вероисповедания, свободу мысли и слова, право на защиту своих прав. Вместе с тем прямо упомянутые в ч. 2 ст. 8 ФЗ 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 отмечается, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. С одной стороны, это положение ни в коей мере не только не противоречит, но и не пересекается с предписаниями ст. 8 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ 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 ФЗ об ОРД и положением ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, согласно которой «каж-

дый 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 могут быть следующие: во-первых, в ст. 8 ФЗ об ОРД не существует предписаний, так или иначе сопрягающихся с содержанием ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, во-вторых, почти дословная формулировка содержится в ч. 8 ст. 5 ФЗ 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 ФЗ об ОРД представлены условия получения такого решения или исключения из него.

Кроме того, в ч. 1 ст. 5 ФЗ 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».

Поэтому и в этом случае противоречия между нормами Конституции РФ и ФЗ 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 Кон-

ституции РФ ни в коей мере не противоречат предписаниям ст. 8 ФЗ 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 ч. 3-7, 9 ст. 5, ч. 2, 3, 6 ст. 8 ФЗ об ОРД, а в ст. 9 прописан механизм судебной защиты. Что касается третьего положения, то он в ФЗ 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 же 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 названного Федерального закона (ФЗ об ОРД – Н.Ж.), 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 статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации (определения от 04.02.1999 № 18-О, от 25.11.2010 № 1487-О-О, от 25.01.2012 года № 167-О-О и др.)¹.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ракова Евгения Николаевича на нарушение его конституционных прав частями третьей и пятой ста-

В исследуемом нами решении КС РФ разъяснил следующее: «*Использование абонентских устройств, изъятых в установленном законом порядке в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий 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 непротивоправный характер (определения Конституционного Суда Российской Федерации от 09.06.2005 № 248-О, от 26.01.2010 № 158-О-О, от 28.09.2017 № 2211-О, от 19.12.2017 года № 2881-О и № 2898-О и др.)*».

Итак, высший 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 с целью решения задач ОРД, но и указал, что такие действия не нарушают тайну переписки и телефонных переговоров, не являются вторжением в частную жизнь граждан. Данное решение, на наш взгляд, позволит органам, осуществляющим ОРД, разнообразить приемы борьбы с преступностью, а значит, повысится эффективность правоохранительной деятельности в целом.

Что касается иных норм, содержащихся в рассматриваемой статье, они либо не требуют внимания исследователей, либо будут анализироваться в ином разделе работы.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава III. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ И ИНЫЕ ОПЕРАТИВНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ

Статья 10. Оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия

1. При осуществлении оперативно-розыскной деятельности проводятся следующие оперативно-розыскные мероприятия:

тыи 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 24.09.12 № 1738-О.

- 1.1. Оперативный опрос.**
- 1.2. Оперативное наведение справок.**
- 1.3. Оперативный сбор образцов.**
- 1.4. Оперативное исследование.**
- 1.5. Оперативное наблюдение.**
- 1.6. Оперативное отождествление.**
- 1.7. Оперативная закупка.**
- 1.8. Оперативное внедрение.**
- 1.9. Оперативная поставка.**
- 1.10. Оперативный эксперимент.**
- 1.11. Оперативное обследование.**
- 1.12. Оперативный контроль сетей почтовой связи.**

1.13. Оперативный контроль сетей электрической связи.

2. Приведенный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен только федеральным законом.

3. Любая совокупность правомерных действий, не отраженная в части первой настоящей статьи, но направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности и соответствующая представленным ниже условиям, образует иное оперативное мероприятие, если:

3.1. Осуществляется уполномоченным субъектом оперативно-розыскной деятельности.

3.2. Преследует достижение целей и решение задач оперативно-розыскной деятельности.

3.3. Представляет собой не подпадающие под понятие оперативно-розыскного мероприятия практические действия с использованием сил, средств и методов оперативно-розыскной деятельности.

4. К иным оперативным мероприятиям могут быть отнесены оперативное задержание, оперативный досмотр, оперативное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, засада, оперативное приостановление предоставления услуг связи, оперативное вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки, территории, в транспортные средства, имитация преступных действий и др.

5. При решении задач борьбы с преступностью могут использоваться методы оперативно-розыскной деятельности, к которым относятся оперативная установка, личный сыск, агентурный метод и др., а также иные оперативно значимые действия.

6. В ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий используются любые средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде.

7. Оперативно-розыскные мероприятия, связанные с оперативным контролем сетей почтовой или электрической связи с подключением к станционной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности и органов внутренних дел в порядке, определяемом межведомственными нормативными правовыми актами или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

8. Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи посредством личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, используя помощь должностных лиц и специалистов, обладающих научными, техническими и иными специальными познаниями, а также отдельных лиц с их согласия на гласной и негласной основе.

9. Запрещается проведение оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, а также использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то настоящим Федеральным законом физическими и юридическими лицами.

Статья 7. Основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий

Основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий являются:

1. Наличие возбужденного уголовного дела.
2. Ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о:

1) признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела;

2) событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации;

3) лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания;

4) лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов.

3. Поручения следователя, руководителя следственного органа, дознавателя, органа дознания или определения суда по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве.

4. Запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по основаниям, указанным в настоящей статье.

5. Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

6. Запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в пределах своих полномочий вправе также собирать данные, необходимые для принятия решений:

1. О допуске к сведениям, составляющим государственную тайну.

2. О допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды.

3. О допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления.

4. Об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

5. По обеспечению безопасности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

6. О предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, о переоформлении документов, подтверждающих наличие лицензии, о выдаче (о продлении срока действия, об аннулировании) удостоверения частного охранника.

7. Утратил силу. - Федеральный закон от 21.11.2011 N 329-ФЗ.

8. О достоверности сведений о законности происхождения денег, ценностей, иного имущества и доходов от них у близких родственников, родственников и близких лиц лица, совершившего террористический акт, при наличии достаточных оснований полагать, что деньги, ценности и иное имущество получены в результате террористической деятельности, но не ранее установленного факта начала участия лица, совершившего террористический акт, в террористической деятельности и (или) являются доходом от такого имущества.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при наличии запроса, направленного в соответствии с Федеральным законом от 25 декабря 2008 года N 273-ФЗ "О противодействии коррупции", другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции, в пределах своих полномочий проводят оперативно-розыскные мероприятия в целях добывания информации, необходимой для принятия решений:

1. О достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

1) государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений;

2) государственных должностей субъектов Российской Федерации;

3) должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе;

- 4) должностей федеральной государственной службы;
- 5) должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации;
- 6) должностей муниципальной службы;
- 7) должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов;
- 8) отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами.

2. О достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений.

3. О соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 года N 273-ФЗ "О противодействии коррупции", требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей.

4. О достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Основание представляет собой *причину, достаточный повод, оправдывающий что-нибудь*¹.

Осуществление ОРМ возможно только при наличии оснований, прямо предусмотренных ФЗ об ОРД.

Статья 7 ФЗ об ОРД состоит из трех частей и, таким образом, систематизирует основания для проведения ОРМ по трем группам.

¹ Напр.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 454.

В первой части законодатель формулирует *шесть следующих оснований для проведения ОРМ*:

- 1) наличие возбужденного уголовного дела;
- 2) ставшие известными органам, осуществляющим ОРД, сведения о:
 - признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела;
 - событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации;
 - лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания;
 - лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов;
- 3) поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве;
- 4) запросы других органов, осуществляющих ОРД, по основаниям, указанным в данной статье;
- 5) постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации;
- 6) запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

Первое из указанных оснований означает, что возбуждение уголовного дела позволяет оперативному подразделению осуществлять ОРМ по данному криминальному событию с целью решения задач ОРД и уголовного судопроизводства.

Наличие сведений, указанных во втором основании, также позволяет оперативному подразделению осуществлять ОРД. Вместе с тем законодатель не разъясняет, откуда берутся «ставшие известными сведения», что подразумевает их получение при пассивной роли¹ оперативного подразделения, а не активном добывании.

Поручения должностных лиц или органов, указанных в п. 3 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД, также обеспечивают возможность осуществления

¹ Например, сообщения граждан, должностных лиц, средств массовой информации и т.п.

ОРМ. Вместе с тем в этом контексте вряд ли можно считать конструктивными предписания ч. 4 ст. 157 УПК РФ «Производство неотложных следственных действий», согласно которым, с одной стороны, после направления уголовного дела руководителю следственного органа *орган дознания может производить по нему следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия только по поручению следователя*, а с другой – в случае направления руководителю следственного органа уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, *орган дознания обязан принимать розыскные и оперативно-розыскные меры* для установления лица, совершившего преступление, уведомляя следователя об их результатах.

С одной стороны, законодатель обязывает органы, осуществляющие ОРД и изъявляющие желание решать поставленные перед ними задачи, постоянно истребовать у следователя¹ письменные поручения о проведении тех или иных мероприятий. С другой стороны, очевидно: обнаружение подозреваемого в преступлении лица не гарантирует, что именно он совершил данное противоправное деяние или что у него нет сообщников, что все эпизоды его (их) преступной деятельности выявлены.

Что же касается судебного органа (как беспристрастного арбитра), то вообще весьма сомнительна возможность его обращения к оперативному подразделению с поручением о проведении ОРМ по уголовному делу, находящемуся в его производстве². Если суд оценит качество проведенного расследования как недостаточно высокое, значительна вероятность возвращения такого дела прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом.

Согласно ч. 1 ст. 237 УПК РФ «Возвращение уголовного дела прокурору» судья по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях, если:

1) обвинительное заключение или обвинительный акт составлены с нарушением требований УПК РФ, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта;

¹ В связи с недостаточными познаниями следователя о возможностях оперативных подразделений и конкретных оперативных материалах маловероятно, что он сам проявит уместную инициативу.

² Исключение может составлять вынесение судом акта, обязывающего орган, осуществляющий ОРД, обеспечить безопасность конкретных участников судопроизводства. Однако такое постановление является самостоятельным основанием для проведения ОРМ.

2) копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому, за исключением случаев, если суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном ч. 4 ст. 222 или ч. 3 ст. 226 УПК РФ;

3) есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера;

4) имеются предусмотренные ст. 153 УПК РФ основания для соединения уголовных дел;

5) при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные ч. 5 ст. 217 УПК РФ.

Из сути данного предписания следует, что:

– суд может возвратить уголовное дело исключительно прокурору и только в случаях, перечисленных в ч. 1 ст. 237 УПК РФ;

– суд не может своим определением обязать орган, осуществляющий ОРД, провести какие-либо ОРМ, устраняющие выявленные судом недостатки в расследовании уголовного дела, поскольку, во-первых, это выходит за рамки рассматриваемого предписания ст. 237 УПК РФ¹, во-вторых, какие бы ОРМ ни осуществляли уполномоченные органы, их результаты могут стать доказательствами только после проверки и подтверждения уголовно-процессуальными средствами.

Запросы других органов, осуществляющих ОРД, по основаниям, указанным в рассматриваемой статье ФЗ об ОРД, также выступают поводами для проведения ОРМ. Особенно это востребовано, когда оперативному подразделению необходимо провести ОРМ на значительном удалении от места собственной дислокации (например, на территории иного субъекта Российской Федерации).

Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц является основанием для проведения ОРМ, направленных, в первую очередь, на обеспечение защиты их и их близких от возможного негативного воздействия представителей преступной среды². В зависимости от должностной или иной принадлежности указанных лиц их защита обеспечивается в соответствии с федеральными законами «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных

¹ Хотя в соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ суд вправе вынести частное определение или постановление и в других случаях, если признает это необходимым, такое развитие событий по отношению к ОРД представляется маловероятным.

² Жертва – ненадежный свидетель. Или драматизирует преступление, или уже мертва. Александр Баляк, сербский автор. Антология мудрости / Сост. В.Ю. Шойхер. М.: Вече, 2007. С. 382.

и контролирующих органов» «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

Запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации¹ также выступают основанием для проведения ОРМ. Следует отметить, что Российская Федерация является членом Интерпола, поэтому исполнение запросов по этой линии зачастую требует применения отдельных ОРМ. Аналогичная ситуация возникает и при исполнении запросов правоохранительных органов стран, не состоящих в Интерполе, но заключивших соответствующие договоры с Российской Федерацией.

Таким образом, все охватываемые ч. 1 ст. 7 основания² для осуществления ОРМ могут использоваться оперативными подразделениями в решении задач ОРД.

Вместе с тем, по нашему мнению, недостаточно выверенным предписанием является п. 2.1 ч. 1 рассматриваемой статьи, называющий одним из оснований для проведения ОРМ наличие информации признаках *подготавливаемого*, совершаемого или совершенного *противоправного деяния*, а также о лицах, его *подготавливающих*, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Представляется, законодатель в данной формулировке учел не все этапы развития криминальных событий (например, не *подготавливаемое*, а уже *подготовленное* преступление) и не все категории причастных к ним лиц (например, не *подготавливающих*, а *подготовивших* преступление).

Безусловно, отдельные из зафиксированных в п. 2 ч. 1 сведений могут стать известными органам, осуществляющим ОРД, по инициативе граждан или должностных лиц, в результате стечения обстоятельств и т.п. Однако буквальная трактовка анализируемой формулировки приводит к выводу о неправомерности осуществления ОРМ для добывания первичной информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших; событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу безопасности Российской Федерации; лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или

¹ Еще раз возникает вопрос о том, почему международные нормативные правовые акты законодателем не включены в правовую основу ОРД.

² Вместе с тем, если проводить аналогию с предписаниями ст. 140 УПК РФ «Поводы и основание для возбуждения уголовного дела», документы, перечисленные в п. 1, 3-6 ч. 1 ст. 7, являются поводами для проведения ОРМ, а сведения, сосредоточенные в п. 2, соответственно, – основанием.

уклоняющихся от уголовного наказания; лицах, без вести пропавших, и об обнаруженных неопознанных трупах.

Такой подход законодателя ориентирует оперативные подразделения на пассивное отношение к поиску оперативно значимой информации, что противоречит характерному для ОРД (но не зафиксированному законодателем) принципу наступательности. В соответствии с этим принципом оперативно-розыскные меры должны, как правило, носить упреждающий, превентивный характер и быть направлены на предупреждение и пресечение преступлений. Фигурально выражаясь, исследуемая норма закона позволяет орлу иметь зоркие глаза и крылья для полета, но не разрешает ими пользоваться для поиска добычи.

Представляет интерес и содержание п. 5 ч. 1 рассматриваемой статьи, определяющего основанием для проведения ОРМ постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации. Следует отметить, что такой порядок предусмотрен Федеральным законом от 20.04.1995 «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» для весьма ограниченного числа *должностных лиц* и не решает проблемы *защиты свидетеля*.

С целью устранения последнего из отмеченных недостатков 20.03.2004 принят Федеральный закон № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства», который в значительной мере решает проблему такой защиты и создает определенные условия, минимизирующие возможность отказа потерпевших и свидетелей от дачи показаний или изменения показаний в пользу обвиняемых. Положения его ст. 2, определяющие перечень защищаемых лиц, упоминают в их числе *иных лиц, способствующих предупреждению или раскрытию преступления, но лишь до возбуждения уголовного дела*. Таким образом, *после* возбуждения уголовного дела лица, оказывавшие (и оказывающие) существенную (но негласную) помощь правоохранительной системе в борьбе с преступностью, остаются абсолютно незащищенными перед возможным давлением со стороны криминалитета. Выходом из сложившейся ситуации представляется исключение из описанной выше фразы словосочетания «до возбуждения уголовного дела».

Анализируя рассматриваемую статью, следует обратить внимание на семантический диссонанс между формулировками ее 1 и 2 частей. Если в ч. 1 (как и в наименовании статьи) ключевым термином является «основание», то в ч. 2 в качестве такового выступает «право». Из этого следует, что законодатель в ч. 1 перечисляет *причины (поводы)* осуществления ОРМ, а в ч. 2 – *возможность* оперативных подразделений

осуществлять ОРМ для принятия на их основе тех или иных решений. Зафиксированный круг принимаемых решений дает оперативным подразделениям возможность осуществлять ОРМ, непосредственно не направленные на реализацию задач ОРД, что позволяет отнести его к числу пробелов исследуемого закона. Выходом из создавшегося положения, по нашему мнению, может быть изменение формулировки ч. 2 рассматриваемой статьи следующим образом: «Основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в пределах их полномочий, может также служить потребность в осуществлении проверочных действий, необходимых для принятия решений... (далее по тексту)» с одновременным внесением в ст. 2 задачи по сбору данных, необходимых для принятия указанных в ч. 2 ст. 7 решений.

Таким образом, положения ч. 1 рассматриваемой статьи, фиксирующие основания для проведения ОРМ, безусловно, используются правоприменителем как поводы для ведения оперативной работы. В первом случае таким поводом является факт возбуждения уголовного дела, во втором – наличие оперативно значимой информации, в остальных – выполнение поручений, запросов и постановлений различных правоохранительных организаций и должностных лиц. Однако их буквальное толкование (да и закона в целом) свидетельствует об отсутствии в нем норм, позволяющих сотрудникам оперативных подразделений, работая наступательно, инициативно, добывать информацию, тем самым опережая действия преступников и создавая возможность для осуществления в отношении них мер превентивного характера. Устранение отмеченного недостатка возможно по двум направлениям. Первое предусматривает включение в ст. 2 действующего закона задачи по оперативному обслуживанию объектов и территорий, относящихся к категории криминогенных, второй – дополнение положений ч. 1 ст. 7 закона аналогичной позицией как основанием для проведения ОРМ.

Согласно ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий *вправе*¹ также собирать данные, необходимые для принятия решений:

- 1) о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну;
- 2) о допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды;

¹ В указанной формулировке присутствует несообразность: почему-то в статье, посвященной основаниям для проведения ОРМ, законодатель использует термин «вправе».

3) о допуске к участию в ОРД или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления;

4) об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении ОРМ;

5) по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД;

6) о предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, переоформлении документов, подтверждающих наличие лицензии, выдаче (продлении срока действия, аннулировании) удостоверения частного охранника.

И хотя сбор таких данных не является непосредственным проявлением борьбы с преступностью, очевидно, что:

– первая из перечисленных позиций направлена на предотвращение утечки сведений, составляющих государственную тайну;

– вторая – на предотвращение проникновения на особо важные стратегические объекты террористов и иных криминально ориентированных лиц;

– третья – на защиту сведений в оперативно-розыскной сфере, а значит, охрану от преступников данных о замыслах, планах, действиях, результатах ОРД, участвующих в борьбе с преступностью лиц;

– четвертая – непосредственно на борьбу с преступностью путем использования лиц, негласно содействующих оперативным подразделениям;

– пятая – на обеспечение безопасности органов, осуществляющих борьбу с преступностью;

– шестая – на контроль охранных организаций, обладающих огнестрельным оружием, лицензиями на его хранение и ношение и, как показывает опыт, в отдельных случаях под прикрытием легальной организации осуществляющих криминальную или близкую к криминальной деятельность.

После принятия антикоррупционного законодательства¹ в ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД появилась седьмая позиция, которая была сформулирована следующим образом: «О достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений при наличии запроса, направленного в порядке, определяемом Президентом Российской Федерации», которая позже была исключена из второй² и преобразована в отдельную – третью – часть статьи.

¹ Федеральный закон от 25.12.2008 № 280-ФЗ.

² Введена в действие Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ.

В ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД систематизированы группы сведений, которые органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий добывают в ходе ОРМ, исполняя запрос, направленный в соответствии с Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции. Эта информация необходима для принятия решений:

1) о достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

– государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений;

– государственных должностей субъектов Российской Федерации;

– должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе;

– должностей федеральной государственной службы;

– должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации;

– должностей муниципальной службы;

– должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов;

– отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами;

2) о достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в п. 1, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений;

3) о соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в п. 1, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов,

требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей;

4) о достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

Такой нормативный ход следует оценить позитивно, поскольку законодатель в новой редакции статьи конкретизировал вопросы, до настоящего времени не очень понятные правоприменителю (о категориях сведений и перечне лиц, в отношении которых такие данные могут собираться).

Вместе с тем появилась новая проблема, касающаяся условий проведения ОРМ при добывании информации в соответствии с ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД. Дело в том, что в ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД, определяющей условия проведения ОРМ по основаниям, предусмотренным в ч. 2 ст. 7 ФЗ, указано: «При проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным пунктами 1-4, 6 и 7 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление действий, указанных в пунктах 8-11 части первой статьи 6 настоящего Федерального закона», то есть по основаниям, перечисленным в ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД (кроме п. 5), нельзя использовать ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан (так называемые мероприятия судебного санкционирования). Однако поскольку п. 7 ч. 2 из ФЗ об ОРД исключен, вместо него статья дополнена ч. 3, а изменения в ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД не внесены, возникает вопрос о возможности применения по основаниям ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД мероприятий судебного санкционирования. Более того, отсутствие об этом указания в ст. 8 приводит к мысли о возможности проведения проверочных мероприятий в отношении лица, указанного в ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД (например, о достоверности и полноте представленных им данных), с использованием ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан (например, прослушивания телефонных переговоров). На взгляд автора, налицо несоответствие между уровнем основания для проведения ОРМ и серьезностью ограничения при этом конституционных прав граждан. Кроме того, возникает противоречие между рассматриваемым дозволением и содержащимся в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД условием проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, – наличием информации:

– о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно;

– о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно;

– о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Поскольку при проведении проверочных мероприятий по основанию, содержащемуся в ч. 3 ст. 7 ФЗ об ОРД, представленное выше условие не возникает, следует сделать вывод, что наличие в этом случае ОРМ судебного санкционирования законодатель не предполагает.

Для разрешения отмеченных проблем следует предложить иную редакцию данной статьи.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 11. Основания и поводы для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий

1. Основаниями для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий являются:

1.1. Наличие информации, предопределяющей необходимость оперативного обслуживания криминальных объектов и территорий.

1.2. Ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения о:

1.2.1. Признаках замышляемого, подготавливаемого, подготовленного, совершаемого или совершенного преступления, а также причастных к нему лиц, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела.

1.2.2. Событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

1.2.3. Лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания.

1.2.4. Лицах, без вести пропавших.

1.2.5. Об обнаружении неопознанных трупов.

2. Поводами для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий выступают:

2.1. Наличие возбужденного уголовного дела.

2.2. Поручения дознавателя, руководителя органа дознания, следователя, руководителя следственного органа или решения суда по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, находящимся в их производстве.

2.3. Запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в соответствии с основаниями и поводами, указанными в настоящей статье.

2.4. Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

2.5. Запросы международных правоохранительных организаций, правоохранительных органов иностранных государств и специальных служб в соответствии с международными договорами Российской Федерации.

3. Поводом для проведения органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в пределах их полномочий может также служить запрос на осуществление проверочных действий, необходимых для принятия решений:

3.1. О допуске к сведениям, составляющим государственную тайну.

3.2. О допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, окружающей среды.

3.3. О допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления.

3.4. О привлечении лица к решению задач оперативно-розыскной деятельности.

3.5. Об обеспечении безопасности органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, его должностных лиц и их близких.

3.6. О предоставлении либо об аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, о переоформлении до-

кументов, подтверждающих наличие лицензии, о выдаче (о продлении срока действия, об аннулировании) удостоверения частного охранника.

3.7. О достоверности сведений о законности происхождения денег, ценностей, иного имущества и доходов от них у близких родственников, родственников и близких лица, совершившего террористический акт или преступление коррупционного характера, при наличии достаточных оснований полагать, что деньги, ценности и иное имущество получены в результате террористической или коррупционной деятельности, но не ранее установленного факта начала участия лица, совершившего террористический акт или преступление коррупционного характера, в террористической или коррупционной деятельности и (или) являются доходом от такого имущества.

4. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, при наличии запроса, направленного в соответствии с Федеральным законом от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», другими нормативными правовыми актами Российской Федерации в области противодействия коррупции, в пределах своих полномочий проводят оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия с целью добывания информации, необходимой для принятия решений:

4.1. О достоверности и полноте сведений, представляемых в соответствии с федеральными конституционными законами и федеральными законами гражданами, претендующими на замещение:

4.1.1. Государственных должностей Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки указанных сведений.

4.1.2. Государственных должностей субъектов Российской Федерации.

4.1.3. Должностей глав муниципальных образований, муниципальных должностей, замещаемых на постоянной основе.

4.1.4. Должностей федеральной государственной службы.

4.1.5. Должностей государственной гражданской службы субъектов Российской Федерации.

4.1.6. Должностей муниципальной службы.

4.1.7. Должностей в государственной корпорации, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов.

4.1.8. Отдельных должностей, замещаемых на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами.

4.2. О достоверности и полноте сведений, представляемых лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки достоверности сведений.

4.3. О соблюдении лицами, замещающими должности, указанные в пункте 1 настоящей части, ограничений и запретов, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении ими обязанностей, установленных федеральными конституционными законами, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации, если федеральными конституционными законами или федеральными законами не установлен иной порядок проверки соблюдения указанными лицами данных ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и об исполнении обязанностей.

4.4. О достоверности и полноте сведений, представляемых гражданином, претендующим на замещение должности судьи.

Статья 8. Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий

Гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении их оперативно-розыскных мероприятий на территории Российской Федерации, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Проведение оперативно-розыскных мероприятий (включая получение компьютерной информации), 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, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью второй настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение.

Прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совер-

шении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Фонограммы, полученные в результате прослушивания телефонных и иных переговоров, хранятся в печатанном виде в условиях, исключающих возможность их прослушивания и тиражирования посторонними лицами.

В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, телефонные и иные переговоры которого прослушиваются в соответствии с настоящим Федеральным законом, фонограмма и бумажный носитель записи переговоров передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Дальнейший порядок их использования определяется уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации.

В случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме разрешается прослушивание переговоров, ведущихся с их телефонов, на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением соответствующего суда (судьи) в течение 48 часов.

В случае получения сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем и при наличии письменного согласия одного из родителей несовершеннолетнего или лиц, их заменяющих, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, вынесенного в течение 24 часов с момента поступления сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем, допускается получение информации о соединениях абонентского устройства, находящегося у несовершеннолетнего, с иными абонентами и (или) их абонентскими устройствами, иным оборудованием, а также о местоположении данного абонентского устройства путем снятия информации с технических каналов связи с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение.

Проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказываю-

щих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

При проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным пунктами 1 - 4, 6 и 7 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление действий, указанных в пунктах 8 - 11 части первой статьи 6 настоящего Федерального закона.

Оперативно-розыскные мероприятия, обеспечивающие безопасность органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, проводятся в соответствии с настоящим Федеральным законом и исключительно в пределах полномочий указанных органов, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации. По основаниям, предусмотренным пунктом 5 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, разрешается осуществлять действия, указанные в пунктах 8 - 11, 15 части первой статьи 6, без судебного решения при наличии согласия гражданина в письменной форме.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Условие – *обстоятельство, от которого что-либо зависит*¹. Применительно к ст. 8 ФЗ об ОРД это означает, что в ней сконцентрированы предписания, определяющие обстоятельства, при наличии которых осуществляются те или иные ОРМ.

Конституция РФ (ст. 19) провозглашает равенство всех перед законом и судом. В ней государство также «гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств». В развитие конституционной нормы законодатель в ч. 1 ст. 8 ФЗ об ОРД определяет, что «гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические

¹ Напр.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 827.

убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении их оперативно-розыскных мероприятий на территории Российской Федерации, если иное не предусмотрено федеральным законом». Таким образом, и в ФЗ об ОРД предпринята попытка нормативно-го обеспечения равенства всех перед законом. Вместе с тем в конституционной норме никакие признаки лица не дают ему каких-либо преимуществ, а буквальное толкование отмеченного положения ФЗ об ОРД позволяет судить, что, если в федеральном законе предусмотрено исключение из общего правила, любая из черт человека (гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения) может сделать возможным особый порядок проведения в отношении него ОРМ. Исследования соответствующих законодательных актов и практики их применения показывают, что основой такого решения в Российской Федерации выступает должностное положение (род профессиональной деятельности) отдельных лиц.

Так, в предшествующей редакции ч. 1 ст. 42 «Порядок привлечения прокуроров к уголовной и административной ответственности» Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – ФЗ о прокуратуре) отмечается: «Проверка сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором, является исключительной компетенцией органов прокуратуры».

Из этого положения следует, что и проведение оперативно-розыскной проверки информации в отношении указанных лиц невозможно по двум основаниям: во-первых, словосочетание «проверка» (без уточнения ее характера) закреплено в законодательном акте; во-вторых, сами сотрудники прокуратуры не обладают оперативно-розыскными полномочиями. Таким образом, представители прокуратуры до некоторого времени в соответствии со своим должностным положением имели привилегии по отношению к иным гражданам, значит, как потенциальные объекты оперативно-розыскного интереса им не равны.

Данное положение истолковывалось прокурорами как запрещающее проведение ОРМ в отношении сотрудников прокуратуры без получения согласия вышестоящего прокурора.

Такое понимание закона стало поводом для жалобы в КС РФ заместителя руководителя одного из региональных управлений ФСБ, в отношении которого прокурор области инициировал проверку законности его действий по разрешению заведения дела оперативного учета и проведению ОРМ в отношении сотрудника прокуратуры, впоследствии привлеченного по их результатам к уголовной ответственности. В итоге

этой проверки констатировалось наличие в действиях сотрудника ФСБ признаков превышения должностных полномочий, т.е. преступления, предусмотренного ст. 286 УК РФ, поскольку, по мнению следователя, им были формально нарушены требования ч. 1 ст. 42 ФЗ о прокуратуре. При этом суд, куда заявитель обжаловал решение следователя ввиду несогласия с его выводами о своей виновности, в удовлетворении его жалобы отказал.

В определении КС РФ¹ по результатам рассмотрения этой жалобы отмечалось, что органы прокуратуры ФЗ об ОРД не наделены полномочиями на осуществление ОРД, имеющей целью выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, а проверяют сообщения о любом совершенном или готовящемся преступлении в соответствии с УПК РФ и в пределах установленной им компетенции. На основании этого был сделан вывод, что оспариваемая заявителем норма не может рассматриваться как нарушающая его право на реализацию своих служебных полномочий по проведению ОРМ, направленных на проверку сведений о причастности прокурорских работников к подготовке и совершению преступлений. Из анализа представленных заявителем материалов и мотивировочной части решения КС РФ следует, что положения ст. 42 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» не могут быть истолкованы как содержащие ограничения на проведение ОРМ в отношении сотрудников прокуратуры при наличии сведений об их причастности к подготовке и совершению преступлений.

Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» в ст. 16 «Неприкосновенность судьи» фиксирует несколько положений, имеющих непосредственное отношение к исследуемой проблеме, наиболее значимые из них:

– во-первых, ч. 7, согласно которой «осуществление в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, а также следственных действий (если в отношении судьи не возбуждено уголовное дело либо он не привлечен в качестве обвиняемого по уголовному делу), связанных с ограничением его гражданских прав либо с нарушением его неприкосновенности, определенной Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами, допускается не иначе как на основании решения...» коллегии судей. С учетом того, что все ОРМ, ограничивающие конституционные права граж-

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чопа Василия Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 42 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»: определение Конституционного Суда РФ от 27.05.2010 № 752-О-О.

дан, имеют преимущественно негласный характер, представляется весьма проблематичным обеспечить его, доверяя, в отличие от общего порядка, не одному, а трем судьям;

– во-вторых, ч. 10, в соответствии с которой «заключения и решения, предусмотренные пунктами 3, 4, 6 и 7 настоящей статьи, могут быть обжалованы в порядке, установленном федеральным законом». Таким образом, даже при принятии положительного для органа, осуществляющего ОРД, решения о проведении ОРМ, сохранить их негласный характер, да и сам факт осуществления, весьма сложно. Следовательно, результаты таких мероприятий не будут должным образом эффективны. Очевидно, что и в этом случае невозможно обеспечить равенство указанных должностных лиц и не принадлежащих к их числу граждан.

Вместе с тем в соответствии с постановлением КС РФ от 9 июня 2011 г. № 12-П¹ «взаимосвязанные положения пункта 7 статьи 16 данного документа и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», как допускающие рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи районного суда оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа не по месту проведения оперативно-розыскных мероприятий и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении, признаны не противоречащими Конституции РФ, поскольку – по конституционно-правовому смыслу этих положений в системе действующего правового регулирования – предполагается, что при наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых оперативно-розыскных мероприятий соответствующие материалы подлежат направлению для рассмотрения в равнозначный суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность». С одной стороны, это означает, что в отношении судей обеспечена возможность конспиративного получения судебного разрешения на ограничение их конституционных прав при осуществлении ОРД. С другой – процедура получения такого разрешения столь не опе-

¹ По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова : постановление Конституционного Суда РФ от 09.06.2011 № 12-П.

ративна, что может создать серьезные осложнения для реализации оперативными подразделениями поставленных перед ними задач.

Нельзя также не обратить внимания на то, что в ст. 16 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» предусмотрена обязательность получения судебного разрешения на проведение ОРМ при двух условиях: во-первых, если они ограничивают гражданские права либо нарушают неприкосновенность судей, а во-вторых, если в отношении судьи не возбуждено уголовное дело либо он не привлечен в качестве обвиняемого по уголовному делу. При этом законодатель прямо предусматривает, что после возбуждения уголовного дела в отношении судьи либо привлечения его в качестве обвиняемого по уголовному делу ОРМ проводятся в обычном порядке. Неприкосновенность судьи, как определено в ч. 1 этой же статьи, включает в себя неприкосновенность личности, неприкосновенность занимаемых им жилых и служебных помещений, используемых им транспортных средств, принадлежащих ему документов, багажа и иного имущества, тайну переписки и иной корреспонденции (телефонных переговоров, почтовых, телеграфных, других электрических и иных принимаемых и отправляемых судьей сообщений). Из вышеизложенного можно сделать вывод, что ОРМ, не ограничивающие неприкосновенности судей, до возбуждения уголовного дела либо до привлечения судьи в качестве обвиняемого, могут проводиться без предварительного получения разрешения коллегии из трех судей.

Максимальную защиту от оперативно-розыскного процесса в соответствии с Федеральным законом от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации» получили представители адвокатского корпуса, которые, видимо, сумели как-то убедить законодателя изложить одно из предписаний ч. 3 ст. 8 «Адвокатская тайна» в следующей редакции: «Проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения».

Конечно, можно было бы спорить (чем и занимаются многие теоретики) о том, что эта норма не имеет никакого отношения к адвокатской тайне. Но если даже законодатель, следуя справедливой критике, перенесет это положение в другую статью закона, суть ее от этого не изменится. Поэтому периодически возникают ситуации¹, когда органы,

¹ В случае неисполнения данного предписания органами, осуществляющими ОРД, суды признают собранные при проведении ОРМ фактические данные добытыми с нарушениями закона.

осуществляющие ОРД, обращаются в суды с ходатайствами разрешить проведение не санкционируемых в обычном порядке ОРМ. Представители же судебной системы отказывают им в этом, ссылаясь на положение ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому судебное разрешение выдается при проведении ОРМ, 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 (обследование жилища, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, получение компьютерной информации). Существующая проблема, с одной стороны, негативно влияет на решение задач ОРД, с другой – подтверждает, что в оперативно-розыскном смысле принцип обеспечения равенства всех перед законом зачастую действует избирательно.

Против такого расширительного толкования неприкосновенности адвокатов выступил КС РФ в определениях от 22.03.2012 № 629-О-О¹ и от 17.07.2012 № 1472-О² по жалобам адвокатов, привлеченных к уголовной ответственности за дачу взятки следователям за прекращение уголовного преследования их доверителей. Один заявитель был задержан при передаче денег в служебном кабинете следователя, а второй – в общественном месте. В обоих случаях оперативный эксперимент и следующий за ним осмотр места происшествия проводились без предварительного получения судебного решения, что послужило поводом к оспариванию законности этих действий со ссылкой на ч. 3 ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре». Небезынтересно, что в одном случае суд первой инстанции согласился с аргументами подсудимого о незаконности его задержания с поличным без предварительного получения судебного решения и вынес оправдательный приговор, впоследствии отмененный вышестоящей инстанцией.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Абдулхамидова Ахмедшапи Гамзатовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», а также статей 7, 29 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 22.03.2012 № 629-О-О.

² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лукаша Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав статьями 86, 166, частью второй статьи 176, статьями 180 и 186 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, пунктом 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» : определение Конституционного Суда РФ от 17.07.2012 № 1472-О.

Обоими заявителями были оспорены положения ФЗ об ОРД, которые не предусматривают обязательного получения судебного разрешения на проведение ОРМ в отношении адвокатов, как это предусмотрено рассматриваемым законом. Однако КС РФ не усмотрел нарушений прав заявителей в их делах и отказал в принятии их жалоб к рассмотрению, сформулировав правовые позиции, толкующие упомянутую норму закона об адвокатуре в более узком смысле.

В указанных выше решениях указывалось на то, что Конституция РФ, гарантируя равенство всех перед законом и судом, не предусматривает каких-либо исключений из этого принципа для лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, и не определяет особого статуса адвокатов, обуславливающего обязательность законодательного закрепления дополнительных гарантий их неприкосновенности. Требование же рассматриваемого закона о проведении ОРМ в отношении адвоката на основании судебного решения направлено на обеспечение реализации конституционного права граждан на получение квалифицированной юридической помощи и на обеспечение института адвокатской тайны, который призван защищать информацию, полученную адвокатом относительно клиента в связи с предоставлением юридических услуг. При этом сведения о преступном деянии самого адвоката не составляют адвокатской тайны, если они не стали предметом оказания юридической помощи ему самому в связи с совершенным им преступлением. Отсюда был сделан вывод, что положения п. 3 ст. 8 указанного закона предполагают получение судебного решения при проведении в отношении адвоката лишь тех ОРМ, которые вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности и могут затрагивать адвокатскую тайну. При этом к сфере адвокатской деятельности в любом случае не может быть отнесено совершение адвокатом преступного деяния, как несовместимого со статусом адвоката.

Приведенные правовые позиции вносят определенную ясность в порядок проведения оперативного эксперимента в отношении адвокатов в ситуациях, схожих с делами заявителей, и в силу своей общеобязательности подлежат исполнению всеми правоприменителями. Однако они не снимают более общей проблемы недостаточной законодательной регламентации условий проведения ОРМ в отношении должностных лиц, обладающих особым правовым статусом.

Создают правоприменительные проблемы и недостаточно точные формулировки закона, зафиксированные в п.п. 1-3 ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД. Так, характеризуя информацию, дающую основания для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, законодатель в п. 1 к ней относит сведения «о признаках *подготавливаемого*, соверша-

емого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно», не упоминая такой этап уголовного деяния, как *подготовленное* преступление; в п. 2, фиксируя данные «о лицах, *подготавливающих*, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно», не указывает в этом перечне лиц, *подготовивших* такое преступление; в п. 3, упоминая сведения «о событиях или действиях (бездействии), *создающих* угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации», не причисляет к ним события или действия, *создавшие* такую угрозу.

Недостаточно выверенным представляется положение ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому «в случаях, которые не терпят отлагательства и могут 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 Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью второй настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение». Несмотря на продуманное и логичное построение нормы, она тем не менее не совсем коррелирует с положениями Конституции РФ, нормами ст. 23 и 25 которой охватываются права и свободы граждан, могущие быть ограниченными при проведении ОРМ судебного санкционирования.

Непродуманным можно считать положение ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД о том, что прослушивание телефонных и *иных*¹ переговоров допускается

¹ Часть 4 комментируемой статьи использует также понятие иных переговоров, под которыми следует понимать обмен информацией с использованием любых средств коммуникации или так называемых технических (электрических) каналов связи: телексных, факсимильных, селекторных, радиорелейных, телеграфных и т.п. Таким образом, действие данной нормы распространяется на два оперативно-розыскных мероприятия: прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с технических каналов связи. Переговоры же без использования каких-либо средств коммуникации, осуществляемые путем устных бесед, по мнению специалистов, под действие данной нормы не подпадают. См.: Комментарий к Федеральному

только в отношении лиц, *подозреваемых или обвиняемых* в совершении... преступлений...

С одной стороны, п. 10 ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД содержит ОРМ «прослушивание *телефонных* переговоров», никоим образом не упоминая об *иных* переговорах. Более того, в законе *иные* переговоры фиксируются лишь еще один раз – в ч. 7 ст. 5 ФЗ об ОРД.

С другой стороны (и это представляется значительно более важным), законодатель в качестве объектов такого прослушивания нормативно закрепляет лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений. Вместе с тем следует понимать, что при формулировании предписаний законодатель не может использовать нетерминологические слова и выражения, а это значит, что «подозреваемые» и «обвиняемые» есть не что иное, как процессуальный статус указанных лиц.

В соответствии с ч. 1 ст. 46 УПК РФ подозреваемым является лицо:

- 1) в отношении которого возбуждено уголовное дело по основаниям и в порядке, которые установлены главой 20 УПК РФ;
- 2) которое задержано в соответствии со ст. 91 и 92 УПК РФ;
- 3) к которому применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 100 УПК РФ;
- 4) которое уведомлено о подозрении в совершении преступления в порядке, установленном ст. 223.1 УПК РФ.

Согласно ч. 1 ст. 47 УПК РФ обвиняемым признается лицо, в отношении которого:

- 1) вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого;
- 2) вынесен обвинительный акт.

Нетрудно заметить, что во всех случаях подозреваемым или обвиняемым в уголовно-процессуальном смысле является лицо, которому известны подозрения или обвинения правоохранительного ведомства в отношении его персоны.

Логичен вывод о том, что формальное следование положению ч. 4 ст. 8 ФЗ об ОРД позволяет прослушивать телефонные переговоры лишь тех лиц, которые, обладая указанным процессуальным статусом, с легкостью могут догадываться о действиях правоохранительных органов по прослушиванию и фиксации их телефонных переговоров.¹ Очевидно,

закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского. М.: Проспект, 2011 // КонсультантПлюс.

¹ Под лицами, подозреваемыми и обвиняемыми в совершении преступлений, следует понимать не только участников уголовного процесса, указанных в ст. 46 и 47 УПК РФ, но и всех лиц, в отношении которых могут проводиться оперативно-

что в подавляющем большинстве случаев проведение такого мероприятия теряет смысл. Поэтому автор рекомендует следовать расширительному толкованию данной нормы, оценивая указанные категории как лиц, причастных, по сведениям органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, к подготовке или совершению преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений.

Также в качестве недостатка следует рассматривать предписание ч. 6 ст. 8 ФЗ об ОРД, согласно которому в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме разрешается прослушивание переговоров, ведущихся с их телефонов, на основании постановления уполномоченного руководителя субъекта ОРД без судебного решения с уведомлением соответствующего суда (судьи) в течение 48 часов. Возникает ряд вопросов:

- можно ли прослушивать телефонные переговоры, ведущиеся по данному телефону, но инициированные неизвестным лицом или только те, инициатором которых является заявитель (ведь в норме содержится фраза «ведущиеся с их телефонов»);

- как осуществляется такое уведомление (в письменной или устной форме), присваивать или не присваивать ему гриф секретности;

- с какого срока исчисляются указанные в норме 48 часов (с момента вынесения постановления о проведении мероприятия, с начала его проведения или иначе);

- кто этот «соответствующий судья»;

- что должен сделать судья по получении уведомления, где оно регистрируется и содержится;

- в чем смысл такого уведомления?

Поэтому автор полагает, что в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц закон допускает по их письменному заявлению или с их письменно оформленного согласия прослушивание переговоров, ведущихся по их телефонам (далее – по тексту закона).

Сравнительно недавно в ФЗ об ОРД внесено новое предписание (ч. 7 ст. 8), согласно которому «в случае получения сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем и при наличии письменного согла-

розыскные мероприятия на основании ст. 7 ФЗ об ОРД. К лицам, располагающим сведениями о совершении преступлений, могут быть отнесены родственники, близкие связи проверяемых лиц, в отношении которых имеется достоверная информация об их осведомленности. См.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А.И. Алексеева, В.С. Овчинского).

сия одного из родителей несовершеннолетнего или лиц, их заменяющих, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, вынесенного в течение 24 часов с момента поступления сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем, допускается получение информации о соединениях абонентского устройства, находящегося у несовершеннолетнего, с иными абонентами и (или) их абонентскими устройствами, иным оборудованием, а также о местоположении данного абонентского устройства путем снятия информации с технических каналов связи с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение».

По своей форме рассматриваемое положение весьма напоминает норму, закрепленную в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, сформулированную следующим образом: «В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью второй настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение».

Вместе с тем между ними имеются и отличия. Ниже мы будем сравнивать новое предписание с нормой, содержащейся в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, для краткости обозначив их соответственно аббревиатурами НП-7 и ИП-3¹.

Во-первых, НП-7 обращено исключительно на поиск без вести пропавших несовершеннолетних, тогда как СП-3 ориентировано на предотвращение тяжкого или особо тяжкого преступления или минимизацию угроз национальной безопасности Российской Федерации.

¹ НП-7 – новое предписание, помещенное в ч. 7 ст. 8, ИП-3 – предписание, имеющееся в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД.

Во-вторых, в НП-7 упомянуты два условия, позволяющие осуществить указанные в предписании действия: наличие сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем и письменного согласия одного из его родителей или лиц, *их заменяющих*, тогда как в ИП-3 содержатся также два, но иные условия: возникновение случаев, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также наличие данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу национальной безопасности Российской Федерации.

Первый вопрос, возникающий после ознакомления с предписанием, можно сформулировать следующим образом: зачем необходимо получать судебное разрешение на ограничение одного из прав несовершеннолетнего, если на это дали письменное согласие родители, которые в соответствии с ч. 1 ст. 64 Семейного кодекса РФ (далее – СК РФ) «являются законными представителями своих детей и выступают в защиту их прав и интересов в отношениях с любыми физическими и юридическими лицами, в том числе в судах, без специальных полномочий»? На наш взгляд, хотя этого мы не нашли в законе, согласно ст. 56 СК РФ «Защита прав и законных интересов ребенка осуществляется родителями (лицами, их заменяющими)», что, видимо, означает возможность ограничения указанными лицами или с их письменного согласия компетентными органами некоторых прав ребенка с целью реализации его права на защиту (жизни, здоровья и т.п.). Оппоненты могут возразить против этого тезиса, аргументируя свою позицию содержанием предписания ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, согласно которому «Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения». Вместе с тем в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ отмечается, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Таким образом, ответ на поставленный нами вопрос нормодателем не предложен.

Вторая проблема – определение сущности заменяющих родителей лиц (дословно – заменяющих их лиц), упомянутых в исследуемом предписании.

Поиск данного словосочетания в нормативной правовой материи позволяет судить, что в Конституции РФ оно упоминается единожды (наряду с родителями применительно к обеспечению получения детьми основного общего образования – ст. 43). Неоднократно встречается рас-

смаатриваемое понятие в СК РФ. Наиболее близка в этом контексте норма ч. 1 ст. 55 «Право ребенка на защиту», согласно которой «защита прав и законных интересов ребенка осуществляется родителями (лицами, их заменяющими), а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, органом опеки и попечительства, прокурором и судом». Трижды эта идиома фиксируется в ст. 134, 135 и 142 Уголовно-исполнительного кодекса РФ.

К сожалению, в иных законодательных актах она не присутствует. Более того, ни в одном нормативном правовом документе такого уровня не разъясняется содержание этого выражения, а это является уже правовой проблемой, поскольку при возникновении указанных выше условий и при отсутствии одного или обоих родителей определить лицо, их заменяющее, правомочное давать письменное согласие на содержащиеся в предписании действия оперативного подразделения, достаточно проблематично. В связи с этим возникает ряд вопросов: является ли таким лицом, например, тетя без вести пропавшего ребенка, во время каникул проживавшего в другом городе с ней? может ли давать письменное согласие на осуществление указанных действий воспитатель стационарной группы детского сада, вожатый в лагере отдыха¹, педагог, руководящий коллективом несовершеннолетних, пошедших в поход или уехавших в туристическое турне, тренер находящейся на выезде молодежной спортивной команды, врач стационара лечебного заведения?² Этот список можно было бы продолжать, но и отмеченного вполне достаточно для вывода о небезупречности предложенной в норме закона формулировки.

Отсутствие в законе четкого описания предмета, как всегда, вызывает необходимость обратиться к решениям высших судов Российской Федерации. Так, в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ³ содержатся следующие разъяснения: «Не могут быть лишены родительских прав лица, заменяющие ребенку родителей (усыновители, опекуны, попечители, приемные родители, патронатные воспитатели).

¹ Исследование типового договора об организации отдыха и оздоровления ребенка позволило обнаружить в нем обязанность исполнителя «обеспечить безопасность жизни и здоровья ребенка во время его пребывания» в детском оздоровительном лагере и его «ответственность за пребывание ребенка в организации, его жизнь и здоровье в соответствии с законодательством Российской Федерации».

² Пилотный опрос преподавателей семейного и гражданского права о наличии или отсутствии нормативных документов, регламентирующих указанные отношения, положительных результатов не принес.

³ О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14.11.2017 № 44.

Таким образом, выражение «лица, их (родителей – Н.Ж.) заменяющие» к таковым относит усыновителей, опекунов, попечителей, приемных родителей, патронатных воспитателей¹, а поэтому вопросы, сформулированные нами в этой части работы, к сожалению, остались без ответа.

Вероятно, следовало бы в представленную в ФЗ об ОРД норму внести дополнение о возможности причисления к указанным категориям субъектов-инициаторов временного ограничения прав человека, отраженных в ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, лиц, несущих ответственность за жизнь и здоровье ребенка в период временного отсутствия его связи с родителями и лицами, их заменяющими. Однако стоит ли в принципе посторонним людям давать такую возможность?²

Иной путь решения этой проблемы вытекает из положения ч. 4 ст. 16 ФЗ об ОРД, согласно которому «при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга».

Применительно к исследуемой норме это положение оперативно-розыскного закона, на наш взгляд, ради защиты жизни и здоровья ребенка позволяет при отсутствии в данный момент возможности контакта с уполномоченными этим законом фигурантами (родителями и лицами, их заменяющими) начать ОРМ «Снятие информации с технических каналов связи» на основании постановления руководителя органа, уполномоченного на осуществление ОРД, с последующим получением соответствующего судебного решения.

В-третьих, НП-7 ориентировано на проведение лишь одного ОРМ «Снятие информации с технических каналов связи», включающего в се-

¹ Патронат – одна из разновидностей возмездной опеки над несовершеннолетним в России в соответствии с п. 1 ст. 14 Федерального закона от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве». Этот вид опеки устанавливается региональным законодательством и сейчас существует в ряде регионов Российской Федерации как форма семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей, при которой ребёнок помещается на воспитание в семью патронатного воспитателя на возмездную опеку с заключением специального договора. Патронатный воспитатель является опекуном ребёнка, то есть его законным представителем.

² Вместе с тем мы передаем им наших детей, лелея надежду, что с ними ничего не случится.

бя в данном случае получение сведений о соединениях абонентского устройства¹, находящегося у несовершеннолетнего, с иными абонентами и (или) их абонентскими устройствами, иным оборудованием, а также о местоположении данного абонентского устройства. Напротив, ИП-3 охватывает осуществление любых ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан².

В-четвертых, в НП-7 основанием для осуществления рассматриваемых действий выступает сообщение о без вести пропавшем несовершеннолетнем, тогда как ИП-3 регламентирует проведение ОРМ при наличии информации (в интересующем нас контексте) о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно, и причастных к нему лиц.

В-пятых, в соответствии с НП-7 проведение ОРМ «Снятие информации с технических каналов связи» возможно без судебного решения с уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов и последующим получением такого решения в течение 48 часов с момента начала проведения ОРМ. Аналогичная процедура содержится и ИП-3. Вместе с тем если в ИП-3 речь идет просто о вынесении соответствующего постановления руководителем органа, осуществляющего ОРД, то в НП-7 представлен временной период (24 часа), в который это постановление должно быть вынесено. В связи с этим возникает закономерный вопрос: можно ли будет вынести такое постановление по миновании 24 часов, например, на 25 часу³ с момента поступления сообщения о без вести пропавшем? А если нельзя, то это реально может привести к нормативно закреплённой негативной ситуации, в которой оперативные подразделения, возможно, не смогут использовать максимально доступные средства для обнаружения несовершеннолетнего.

Предложенные выше размышления позволяют сделать некоторые выводы: включение в ст. 8 ФЗ об ОРД предписания, описывающего воз-

¹ На самом деле это не совсем так, поскольку получить сведения о соединениях абонентского устройства можно и иным путем – например, проведением ОРМ «Наведение справок».

² Проведение оперативно-розыскных мероприятий (включая получение компьютерной информации), 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

³ Конечно же, речь идет о ситуации, связанной с отсутствием на месте судьи, полномочного на выдачу соответствующего разрешения (допустим, выходные или праздничные дни в муниципальном образовании, расположенном в малонаселенной местности).

возможность проведения отдельных элементов ОРМ «Снятие информации с технических каналов связи» и процедуру получения на это разрешения в случае поступления сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем, представляется социально значимым и тактически оправданным; имеющиеся в анализируемой формулировке недостатки нуждаются в дополнительном исследовании и более глубокой правовой оценке.

Не до конца выверенным следует считать положение ч. 8 ст. 8 ФЗ об ОРД, определяющее обязательным условием проведения таких мероприятий, как проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение, наличие постановления, утвержденного руководителем, уполномоченным на осуществление ОРД.

В качестве аргумента, свидетельствующего против безальтернативности заложенной в законе идеи, необходимо отметить, что законодатель не оставляет оперативным подразделениям возможности проведения при определенных обстоятельствах указанных мероприятий (как это сделано в ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД в отношении мероприятий судебного санкционирования – в случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации).

Таким образом, возникает ситуация, когда при определенных законом условиях мероприятия, ограничивающие права и свободы граждан, могут быть проведены с последующим получением судебного разрешения, а при осуществлении мероприятий более низкого уровня (ведомственного санкционирования) оперативным подразделениям такая исключительная возможность не предоставляется.

Отсутствие необходимого положения в законе оказывает существенное негативное влияние на практику, поскольку не позволяет сотрудникам ни при каких обстоятельствах оперативно решать поставленные перед ними задачи при внезапном возникновении соответствующих оперативно-розыскных ситуаций.

Выходом из положения представляется внесение в ст. 8 ФЗ об ОРД нормы, аналогичной предписанию, зафиксированному в ч. 3 статьи, но ориентированной на мероприятия ведомственного санкционирования.

Относительно ч. 9 ст. 8 ФЗ об ОРД следует отметить, что положение, согласно которому проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и рас-

крытия преступлений средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, не видится абсолютно понятным правоприменителю, который должен ясно представлять, почему одно из четырех ОРМ ведомственного санкционирования дополнительно фиксируется в отдельной норме, а его осуществление зависит от тяжести преступления.

Остается лишь догадываться (и об этом размышляют некоторые исследователи), что такая регламентация связана с возможностью осуществления со стороны субъекта ОРД непрофессиональных действий, которые могут повлечь (спровоцировать) совершение преступления. Вместе с тем это мало что объясняет, поскольку непрофессиональные действия сотрудников оперативных подразделений с такой же легкостью способны спровоцировать совершение преступления при осуществлении, например, проверочной закупки, однако законодатель не распространил особый порядок проведения на данное мероприятие.

Также интересно, что в ч. 11 ст. 8 ФЗ об ОРД законодатель позволяет для обеспечения безопасности органов, осуществляющих ОРД, проведение любых мероприятий (в том числе и оперативного эксперимента) безотносительно к тяжести подготавливаемого или совершаемого преступления. Однако эти предписания также не бесспорны – и вот почему.

С одной стороны, представляется абсолютно оправданным при сборе данных, необходимых для принятия решения по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД, разрешение законодателя проводить мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, без судебного санкционирования.

С другой – вызывает сомнение окончание фразы: реализация отмеченных мероприятий возможна *«при наличии согласия гражданина в письменной форме»*. Для объяснения проблемы следует привести две ситуации, относящиеся к данному установлению.

Первая заключается в том, что обеспечение безопасности органа, осуществляющего ОРД, связано с физической защитой должностного лица данного органа или лиц, оказывающих ему конфиденциальное содействие, от потенциальных или реальных угроз. В этом случае абсолютно понятно, что именно данные лица должны дать согласие в письменной форме на осуществление мероприятий, ограничивающих их конституционные права и свободы. А это значит, что в рассматриваемой ситуации норма будет работать.

Вторая ситуация проявляется в том, что обеспечение безопасности органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, связано

с защитой его информационных ресурсов (например, составляющих государственную тайну сведений об ОРД). При наличии данных, позволяющих судить, что преступная группа (организация, сообщество) с использованием физических возможностей (внедрением представителей или склонением к «сотрудничеству» сотрудников правоохранительных органов) или технических средств (компьютерные программы доступа) пытается проникнуть в защищаемые информационные базы субъектов ОРД, возникает закономерный вопрос: от какого гражданина следует получить письменное согласие на ограничение его конституционных прав и свобод? Может быть, от того, который осуществляет попытку завладеть сведениями, составляющими государственную тайну? Ответ, как говорится, лежит на поверхности. В этом случае письменное согласие никакого гражданина не требуется.

Таким образом, катализатором принятия в Российской Федерации законного решения о проведении ОРМ в особом порядке выступает должностное положение (род профессиональной деятельности) отдельных лиц; при использовании предписания ч. 11 ст. 8 ФЗ об ОРД для обеспечения информационной безопасности субъекта ОРД письменного согласия никакого гражданина не требуется.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 12. Условия проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий

1. Гражданство, национальность, пол, место жительства, имущественное, должностное и социальное положение, принадлежность к общественным объединениям, отношение к религии и политические убеждения отдельных лиц не являются препятствием для проведения в отношении них оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий.

2. Федеральным законом могут быть установлены особые условия для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в отношении отдельных лиц, обладающих особым должностным или профессиональным статусом.

3. Подготовка и проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также

право на неприкосновенность жилища, допускаются на основании разрешения суда и при наличии информации:

3.1. О признаках подготавливаемого, подготовленного, совершаемого или совершенного противоправного деяния, относящегося к преступлениям средней тяжести, тяжким или особо тяжким преступлениям, а также причастных к этому лицам.

3.2. О событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

4. При проведении оперативного контроля сетей почтовой и электрической связи разрешение суда необходимо только на перехват содержания сообщения, отправленного пользователем. На получение информации, непосредственно связанной с передаваемыми по сетям связи сообщениями, но исключающей содержание самих сообщений, судебное разрешение не требуется.

5. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению преступления средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, на основании мотивированного постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных частью третьей настоящей статьи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное разрешение на его проведение либо его прекратить.

6. В отношении лиц, которые могут располагать сведениями о преступлениях средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлениях, допускается оперативный контроль сетей почтовой и

электрической связи. Документы и иные материальные носители информации, полученные в ходе указанных мероприятий, хранятся в печатанном виде в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними и тиражирования посторонними лицами.

7. В случае возбуждения уголовного дела в отношении лица, являвшегося объектом указанных в части третьей настоящей статьи оперативно-розыскных мероприятий, полученные в результате их осуществления документы и иные материальные носители информации после рассекречивания передаются дознавателю, руководителю органа дознания, следователю или руководителю следственного органа для приобщения к уголовному делу в качестве доказательств после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. Дальнейший порядок их использования определяется уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации.

8. При возникновении угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их письменному заявлению или с их письменно оформленного согласия разрешается проведение перечисленных в части третьей настоящей статьи оперативно-розыскных мероприятий по используемым ими сетям электрической или почтовой связи на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

9. Оперативный контроль финансовых потоков и сделок, имеющих признаки криминальной противоправности, осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации.

10. В случае получения сообщения о без вести пропавшем несовершеннолетнем и при наличии письменного согласия одного из родителей несовершеннолетнего или лиц, их заменяющих, а при отсутствии связи с ними – по решению одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, на основании его мотивированного постановления допускается получение

информации о соединениях абонентского устройства, находящегося у несовершеннолетнего, с иными абонентами и (или) их абонентскими устройствами, иным оборудованием, а также о местоположении данного абонентского устройства путем снятия информации с технических каналов связи, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение.

11. Оперативная закупка или оперативная поставка объектов гражданский прав, изъятых из оборота либо ограничено оборотоспособных, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

12. При возникновении обстоятельств, требующих незамедлительного проведения оперативно-розыскных мероприятий, перечисленных в части десятой настоящей статьи, они могут осуществляться на основании постановления, вынесенного сотрудником оперативного подразделения. Не позднее 24 часов с момента вынесения постановления о факте проведения оперативно-розыскного мероприятия уведомляется уполномоченный руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, который должен утвердить вынесенное постановление либо потребовать прекратить проведение оперативно-розыскного мероприятия.

13. По поводам, предусмотренным пунктами 3.1-3.4, 3.6 части третьей и частью четвертой статьи 11 настоящего Федерального закона, запрещается осуществление оперативно-розыскных мероприятий, указанных в пунктах 1.11-1.13 части первой статьи 10 настоящего Федерального закона.

14. Оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия, обеспечивающие безопасность органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, его должностных лиц и их близких проводятся исключительно в пределах полномочий указанных органов, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации. По поводу, предусмотренному пунктом 3.5 части третьей статьи 11 настоящего Федерального закона, разрешается осуществлять оперативно-розыскные мероприятия, указанные в пунктах 1.11-1.13 части первой статьи 10, без судебного разрешения по постановлению, утвержденному уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с получением на это в необходимых случаях согласия в письменной форме от лица, являющегося объектом защиты.

Статья 8.1. Особенности проведения оперативными подразделениями органов федеральной службы безопасности оперативно-розыскных мероприятий в сфере осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства

В целях определения факта установления иностранным инвестором или группой лиц, в которую входит иностранный инвестор, контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также факта наличия между иностранным инвестором и третьими лицами соглашения и (или) их согласованных действий, направленных на установление такого контроля, оперативные подразделения органов федеральной службы безопасности вправе проводить предусмотренные статьей 6 настоящего Федерального закона оперативно-розыскные мероприятия. Результаты оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности могут использоваться в доказывании по указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» судебным искам.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Анализ первого предложения рассматриваемой статьи позволяет сделать вывод, что:

– целью включения законодательного положения в ФЗ об ОРД является регулирование действий одного из субъектов ОРД – Федеральной службы безопасности – по выявлению фактов установления иностранным инвесторами или группами лиц, в которые входят иностранные инвесторы, контроля над хозяйственными обществами, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также фактов наличия между иностранными инвесторами и третьими лицами соглашений и (или) их согласованных действий, направленных на установление такого контроля;

– способами выявления таких фактов выступают ОРМ, предусмотренные ст. 6 ФЗ об ОРД;

– указанные мероприятия могут проводиться при наличии следующих закрепленных в ст. 7 ФЗ об ОРД оснований: возбужденного уголовного дела (п. 1 ч. 1); ставших известными органам, осуществляющим ОРД, сведениях о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу национальной безопасности Российской Федерации (п. 2.2 ч.1);

поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве (п. 3 ч. 1), запросов других органов, осуществляющих ОРД (п. 4 ч. 1), а также международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации (п. 6 ч. 1).

Отмеченные нами элементы в целом вписываются в канву действовавших до последнего изменения редакции ФЗ об ОРД предписаний. Вместе с тем исследование сути рассматриваемого положения обуславливает возникновение ряда вопросов, требующих однозначного ответа:

- насколько вероятным представляется легитимное проведение в этом направлении ОРМ при отсутствии первичной информации о возможности установления факта контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (проще говоря, существует ли возможность проведения таких мероприятий в инициативном порядке)?

- как распространяются (и распространяются ли) условия проведения ОРМ, предусмотренные ст. 8 ФЗ об ОРД, на деятельность оперативных подразделений ФСБ РФ в данном направлении?

- распространяется ли исследуемое положение на ситуацию, при которой выявляется факт установления группой лиц без участия иностранного инвестора контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства?

Отвечая на первый вопрос, следует отметить, что инициативное проведение ОРМ возможно лишь в случае внесения изменений в ст. 2 и ст. 7 ФЗ об ОРД при упоминании в них в качестве задачи и основания проведения оперативно-розыскных мероприятий «оперативного обслуживания криминогенных объектов, в том числе имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Второй вопрос выглядит риторическим, т.к. сформулированное в нем предположение о возможности выхода оперативных подразделений за пределы условий проведения ОРМ, содержащихся в предписаниях ч. 2 и 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, требует изменения подходов к соблюдению конституционных прав и свобод личности, что применительно к законотворчеству выглядит маловероятным.

Третий вопрос является вполне обоснованным, поскольку к контролю над хозяйственными обществами, имеющими стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства,

на наш взгляд, имеется интерес не только иностранных инвесторов, но и некоторых групп и лиц (граждан Российской Федерации), пытающихся обеспечить и использовать такой контроль с целью оказания влияния на экономику и политику государства для получения в последующем сверхдоходов.

Исследование второго предложения рассматриваемой статьи, согласно которому «результаты оперативно-розыскной деятельности оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности могут использоваться в доказывании по указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» судебным иском», позволяет судить о наличии в нем следующих значимых моментов:

- результаты ОРМ могут быть использованы в доказывании;
- доказывание осуществляется по судебным искам, указанным в статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Первый момент не выходил бы за рамки предписания ч. 2 ст. 11 ФЗ об ОРД, в соответствии с которым результаты ОРД могут «...использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств», если бы речь шла об уголовном судопроизводстве.

Второй момент связан с наличием бланкетной нормы, отсылающей правоприменителя к статье 15 Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства», в которой также имеется бланкетная норма с отсылкой к гражданскому законодательству, что, в конечном счете, подразумевает осуществление ОРД в целях решения не уголовно-правовых, а гражданско-правовых задач.

В связи с этим рассмотренное законодательное нововведение ставит под сомнение сформулированную в ст. 1 ФЗ об ОРД цель осуществления ОРД – защиту жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

ПРЕДЛАГАЕТСЯ ИСКЛЮЧИТЬ СТАТЬЮ ИЗ ЗАКОНА.

Статья 9. Основания и порядок судебного рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий

Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания оперативно-розыскных мероприятий, планируемых в отношении судьи, указанного в абзаце третьем пункта 7 статьи 16 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 года № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», материалы о проведении оперативно-розыскных мероприятий на основании решения Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятого по результатам рассмотрения ходатайства органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, могут быть переданы для рассмотрения в иной равнозначный суд.

Указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения, и незамедлительно. Судья (суд) не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

Основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Перечень категорий таких руководителей устанавливается ведомственными нормативными актами.

По требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий.

По результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает проведение соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, либо отказывает в его проведении, о чем выносит мотивированное постановление. Постановление, заверенное печатью, выдается инициатору проведения оперативно-розыскного мероприятия одновременно с возвращением представленных им материалов.

Срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. При этом течение срока не прерывается. При необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов.

В случае, если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, вправе обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд.

Руководители судебных органов создают условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Вслед за Конституцией РФ (ст. 2) ФЗ об ОРД признал человека, его права и свободы высшей ценностью и определил ее защиту от преступных посягательств целью ОРД (ст. 1).

Поскольку субъектом преступных посягательств всегда выступает человек, его права и свободы согласно ч. 3 ст. 55 Конституции РФ «могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

ФЗ об ОРД в ч. 1 ст. 5 указал на необходимость при осуществлении ОРД «обеспечивать соблюдение прав и свобод человека и гражданина на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции».

Несложно заметить, что формулировка этих ценностей почти дословно перенесена в данный законодательный акт из ст. 23 и 25 Конституции РФ.

Так, ст. 23 гласит: «1. Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. 2. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения».

В ст. 25 зафиксировано: «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».

Случаи проведения ОРМ, 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, перечислены в ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД.

В рамках борьбы с преступностью такие мероприятия *допускаются на основании судебного решения* и при наличии информации:

- о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно;
- о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно;
- о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Таким образом, наличие в органе, осуществляющем ОРД, отмеченной выше информации позволяет ему обратиться к соответствующему субъекту – федеральному судье – за разрешением на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Исходя из перечня подвергающихся ограничению при их проведении конституционных прав граждан и в соответствии с ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД, к таким мероприятиям относятся:

- 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;
- получение компьютерной информации.

Не анализируя плюсы и минусы ОРМ, сосредоточим наше внимание на отраженных в ст. 9 ФЗ об ОРД основаниях и порядке судебного

рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении указанных мероприятий. Но прежде попытаемся разобраться в терминологии.

КС РФ в соответствии с определенными ему функциями в установленном Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» порядке периодически рассматривает жалобы на нарушение конституционных прав граждан предписаниями различных законодательных актов. Особенно часто такая необходимость возникает в связи с осуществлением уполномоченными правоохранительными органами и спецслужбами ОРД. Причем, как показывает практика, поводом для обращения в КС РФ выступают совершенно разные обстоятельства: от непрофессионализма сотрудников оперативных подразделений и их руководителей до явно злонамеренных действий, от пробелов в законодательстве до возможности многовариантного толкования его норм. В этом смысле деятельность КС РФ, направленная на охрану прав граждан, исключительно важна не только для конкретного заявителя, но и для правоприменителя, использующего решения суда в повседневной юридической практике. Вместе с тем анализ самих актов КС РФ (особенно его раннего периода) свидетельствует, что не все они избавлены от возможности их различного толкования. Во многом это обусловлено использованием в решениях суда недостаточно выверенной терминологии¹. В качестве аргумента, подтверждающего этот вывод, рассмотрим фрагменты небезызвестного определения КС РФ от 14.07.1998 № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" по жалобе гражданки И.Г. Черновой» (далее – Определение по И.Г. Черновой).

Напоминаем, что значительная часть этого судебного акта посвящена формулированию правовой позиции КС РФ относительно роли судебных органов в ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ. Размышляя об этой функции суда, следует отметить, что в ФЗ об ОРД встречаются различные по смысловому содержанию формулировки, описывающие отмеченный нами процесс, связанный с ограничением конституционных прав граждан в оперативно-розыскной сфере.

Например, налицо фразеологическое противоречие между предписаниями ст. 8 и ст. 9 ФЗ об ОРД относительно предмета судебного санкционирования:

¹ Это автор уже отмечал ранее. См.: Железняк, Н.С. О необходимости уточнения терминологии в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности. СПб.: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия, 2011.

- проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина... (ч. 2 ст. 8);
- ... судебное рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан... при проведении ОРМ (наименование ст. 9);
- ... ограничение конституционных прав граждан... при проведении ОРМ (ч.1 ст. 9);
- ... решение судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан... (ч. 2 ст. 9);
- ... судья разрешает проведение... ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан... (ч. 4 ст. 9);
- ... судья отказал в проведении ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан... (ч. 6 ст. 9).

Таким образом, четыре формулировки описывают этот процесс как судебное санкционирование ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан, а две – как ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ. В связи с этим возникает вопрос о том, что же все-таки подлежит судебному санкционированию в рамках оперативно-розыскной деятельности: проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права граждан, или ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ?¹

Очевидно, что при более точном законодательном закреплении первого варианта оперативно-розыскная практика не претерпит существенных изменений ввиду того, что сегодня судом, по нашим данным, санкционируется именно проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан.

Если же полагать, что речь может идти о судебном санкционировании ограничения конституционных прав граждан при проведении ОРМ, то такой подход изменит само представление о проведении этих ОРМ. В частности, при получении судебного разрешения на ограничение права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, сотрудники оперативного подразделения смогут параллельно проводить сразу четыре ОРМ: прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов

¹ Наличие этой правотворческой проблемы уже отмечалось в юридической литературе. См.: Черных А.А. Модернизация процесса судебного санкционирования при проведении оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права человека // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе : сборник материалов XII международной научно-практической конференции (г. Красноярск, 19-20 февраля 2009 г.) : в 3 ч. / отв. ред. Д.Д. Невирко. Красноярск : СибЮИ МВД России, 2009. Ч. 3. С. 19-24.

связи, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений и получение компьютерной информации. Не менее информативным в этом случае будет ограничение права на неприкосновенность жилища, поскольку позволит не только проникнуть в него, но и ознакомиться с находящимися там почтовыми отправлениями, записями на автоответчике телефонного аппарата, сведениями, содержащимися в мобильном телефоне, содержимым персонального компьютера и т.д.

Более точной по сравнению с законодательной в этой части представляется хоть и не ярко выраженная, но позиция КС РФ, неоднократно проявляющаяся в отмеченном выше Определении по И.Г. Черновой следующими фразами:

«— ... судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия;

— ... проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционное право граждан на неприкосновенность жилища, допускается на основании судебного решения;

— ... не обязан давать разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий;

— ... испрашивающий разрешение на проведение оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав граждан;

— ... наделение суда полномочием по осуществлению процедуры независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан;

— ... испрашивается судебное разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий;

— ... решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан;

— ... судебная санкция на прослушивание телефонных переговоров».

Как видим, все восемь представленных в Определении по И.Г. Черновой позиций однозначно подтверждают, что судебному санкционированию подлежит не ограничение конституционного права гражданина, а проведение ОРМ, ограничивающего это право. Однако как это согласуется с предписаниями ст. 23 и 25 Конституции РФ, где речь идет о судебном решении, позволяющем *ограничить права граждан* на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также на неприкосновенность жилища?

Вместе с тем в Определении по И.Г. Черновой содержится и такая фраза: «при проведении любых оперативно-розыскных мероприятий, в том числе наблюдения, *конституционное право гражданина на непри-*

косновенность жилища не может быть ограничено без судебного решения, т.е. нельзя проникать в жилище иначе как на основании судебного решения». Означает ли она, что судебным решением ограничивается конституционное право гражданина (первая часть предложения) или все же санкционируется ОРМ (вторая часть)?

Для уяснения позиции КС РФ по рассматриваемой проблеме осуществим попытку анализа его более поздних решений в области ОРД, фиксируя выдержки из указанных правовых актов.

Определение КС РФ от 20.03.07 № 178-О-О: Конституция Российской Федерации, гарантируя каждому право на неприкосновенность частной жизни, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, *допускает возможность ограничения этого права только на основании судебного решения (статья 23); предусматривая в качестве обязательного условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, наличие разрешения суда*, эти нормы вместе с тем не предполагают необходимость принятия специального судебного решения об использовании в рамках проведения таких мероприятий технических и иных средств.

Определение КС РФ от 24.01.2008 № 102-О-О: Конституция Российской Федерации, гарантируя каждому право на судебную защиту его прав и свобод (статья 46, часть 1), устанавливает, что *ограничение прав на свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, неприкосновенность жилища, а также некоторых других прав возможно только на основании судебного решения (статьи 22, 23, 25 и др.); необходимость же закрепления в законе требования о вынесении соответствующего судебного решения в качестве обязательного условия проведения оперативно-розыскных мероприятий, не связанных с ограничением указанных конституционных прав, непосредственно из Конституции Российской Федерации не вытекает.*

Определение КС РФ от 15.07.08 № 460-О-О: результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, *лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий* и проверены судом.

Определение КС РФ от 19.03.09 № 326-О-О: *исключая возможность ознакомления указанных органов и лиц с содержанием передавае-*

мого сообщения без судебного решения и помимо воли граждан, его передающих или принимающих...

Определение КС РФ от 17.06.10 № 844-О-О: право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений принадлежит конкретному лицу, а *судебное решение о прослушивании телефонных переговоров* также выносится в отношении конкретного лица.

Определение КС РФ от 22.04.14 № 732-О: норма пункта 3 статьи 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не устанавливает неприкосновенность адвоката, не определяет ни его личную привилегию как гражданина, ни привилегию, связанную с его профессиональным статусом, постольку *она предполагает получение судебного решения при проведении в отношении адвоката лишь тех оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий*, которые вторгаются в сферу осуществления им собственно адвокатской деятельности.

Определение КС РФ от 21.05.16 № 1136-О: судья не может дать *разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий* лишь на основе поступившего к нему постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, если не приходит к выводу о необходимости такого разрешения, его обоснованности и законности; обязанность же обосновывать перед судом *необходимость оперативно-розыскных мероприятий*, влекущих ограничение прав, гарантированных названными статьями Конституции Российской Федерации, возлагается Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» на органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность.

Определение КС РФ от 08.03.17 № 568-О: *проведение оперативно-розыскных мероприятий*, ограничивающих конституционное право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, *без предварительного судебного решения* в случаях, которые не терпят отлагательства, на основании части третьей статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» предполагает, после обязательного уведомления об этом суда (судьи), разрешение вопроса об обоснованности ограничения прав граждан при их проведении в порядке, предусмотренном статьей 9 этого Федерального закона.

В восьми представленных нами актах КС РФ по вопросам ОРД, датированных последним десятилетием (2007-2017 гг.), дважды упоминается получение судебного согласия на ограничение конституционным

прав граждан при проведении ОРМ и девять раз – санкционирование проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан.

Отдельного анализа заслуживает постановление КС РФ от 09.06.2011 № 12-П¹, в котором содержатся следующие фразы:

– постановлением судебной коллегии в составе трех судей... *дано разрешение на ограничение прав судьи на тайну телефонных и иных переговоров, на неприкосновенность занимаемых им служебных и жилых помещений, служебного и личного автотранспорта и проведение в отношении него соответствующих оперативно-розыскных мероприятий;*

– федеральный законодатель вправе, руководствуясь Конституцией Российской Федерации, предусмотреть и специальные правила о подсудности таких дел *с учетом специфики оперативно-розыскных мероприятий и необходимости защиты конституционных прав граждан, ограничение которых допускается только по судебному решению;*

– установление специального судебного порядка *получения разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий* в отношении судей служит дополнительной гарантией;

– пункт 7 статьи 16 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации», как следует из его содержания, определяет родовую подсудность вопроса *о даче разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении судьи;*

– соблюдение секретности требуется и *при получении судебного разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий;*

– на процедуру, в которой испрашивается *судебное разрешение на проведение оперативно-розыскных мероприятий*, связанных с ограничением конституционных прав граждан, не распространяются в полной мере правила, действующие в судебном разбирательстве по уголовному делу;

– *рассмотрение судом вопроса о проведении оперативно-розыскных мероприятий;*

– *рассматривать материалы о проведении в отношении судьи районного суда оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его судебской неприкосновенности,* должна судебная коллегия в составе трех судей;

– правомочие суда *принять решение о проведении в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением*

¹ По делу о проверке конституционности положений пункта 7 статьи 16 закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и части первой статьи 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в связи с жалобой гражданина И.В. Аносова : постановление Конституционного Суда РФ от 09.06.2011 № 12-П.

его гражданских прав или нарушением его судебской неприкосновенности;

– о даче разрешения на проведение таких оперативно-розыскных мероприятий в отношении судьи;

– при решении вопроса о проведении в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности;

– о даче разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении судьи районного суда;

– о даче разрешения на проведение в отношении судьи районного суда оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности;

– в регулирование правил подсудности вопроса о даче разрешения на проведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении судьи;

– допускающие рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи районного суда оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей.

Очевидно, что в одном правовом акте относительно предмета судебного решения «проведение ОРМ» применяется 16 раз, «ограничение прав» – 2 раза.

Также остается неясным вопрос о статусе судебного акта на право проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Так, в ФЗ об ОРД встречаются следующие его аналоги:

– ... судебное решение (чч. 2, 3 10 ст. 8, ч. 5 ст. 9, ч. 3 ст. 12);

– ... решение судьей вопроса (ч. 2 ст. 9);

– ... судья разрешает (ч. 4 ст. 9).

Таким образом, в законодательном акте используются два похожих, но не идентичных термина: решение и разрешение.

Что касается анализируемого Определения по И.Г. Черновой, то в нем для описания рассматриваемого вида судебной деятельности трижды применяется термин *решение*, трижды – *разрешение* и по одному разу – *независимое одобрение* и *санкционирование*.

В представленных выше восьми Определениях КС РФ семь раз упоминается слово «решение» и четырежды – «разрешение».

В постановлении КС РФ в отношении И.В. Аносова используются термины «разрешение» – 11 раз, «решение» – 2, «рассмотрение материалов» – 2, «рассмотрение вопроса» – 1, «решение вопроса» – 1.

Чтобы оценить их семантическую сущность и, следовательно, приемлемость применения в правотворческом процессе, представляется логичным использовать следующие определения, сформулированные в

Новом словаре русского языка толково-словообразовательном и адаптированные к исследуемой проблеме:

решение – заключение, вывод из чего-либо, избранный путь действия после обдумывания;

разрешение – предоставленное право на совершение чего-либо, позволение;

одобрение – признание хорошим, правильным, положительный отзыв, похвала;

независимое – самостоятельное, не находящееся в зависимости или в подчинении, свободное;

санкционирование – утверждение чего-либо высшей инстанцией, разрешение.

Оценка содержания предложенных терминов позволяет прийти к убедительному, на наш взгляд, выводу о том, что *судья не может принимать решение о проведении ОРМ*, иначе он должен быть причислен к субъектам ОРД. Действительно, достаточно странной выглядела бы ситуация, при которой судья решал, какое ОРМ и в каком случае следует провести для достижения целей ОРД. Что касается остальных терминов, то наиболее приемлемым для употребления представляется *разрешение*, поскольку *независимое одобрение* и *санкционирование* могут быть его структурными элементами или аналогами.

Исходя из логики законодательного регулирования ОРД, сложившейся и позитивно зарекомендовавшей себя оперативно-розыскной практики, очевидно, что *решение о необходимости проведения ОРМ*, ограничивающего конституционные права граждан, в соответствии с ч. 1 ст. 15, ч. 1, 5 ст. 6, ст. 7 и 8 ФЗ об ОРД *принимает сотрудник оперативного подразделения*, мотивированное постановление с ходатайством о проведении такого ОРМ согласно ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД выносит уполномоченный руководитель органа, осуществляющего ОРД, а *разрешает (или не разрешает) ограничение конституционных прав личности при его проведении* на основании ч. 4 ст. 9 ФЗ об ОРД *федеральный судья*¹.

В связи с этим сформулированный в Определении по И.Г. Черновой и многих последующих решениях КС РФ вывод, что «...решение о проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, принимает не руководитель ходатайствующего органа, а суд», в части определения предмета² и

¹ См.: Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Н. Дудченко на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2006 г. № 560-О.

² Конституционные права граждан или ОРМ, ограничивающие эти права.

субъекта принятия решения в области ОРД¹ (сотрудник, уполномоченный руководитель органа, осуществляющего ОРД, или судья) представляется ошибочным и нуждающимся в корректировке.

Понятно, что в работе КС РФ должна соблюдаться преемственность в толковании законодательных предписаний. Вместе с тем закрепленное в судебных актах недостаточно выверенное коллективное мнение членов высшего суда не может быть извечным догматом, а должно трансформироваться в соответствии с развивающейся наукой, изменяющимися условиями существования общества и государства.

Это тем более важно, что правовая позиция КС РФ, изложенная в данном и иных определениях и постановлениях, тиражируется в последующих актах высших судебных органов² и принимается как данность.

Еще в середине XIX века французский писатель Г. Флобер высказал исключительно полезную для данного исследования мысль: «В языке существует только одно точное слово для обозначения предмета, один эпитет для его определения, один глагол для выражения его действия». Этот принцип должен стать основой формирования судебных актов и, в первую очередь, решений высших судебных органов.

Что касается наличия некоторых недостатков в формулировании предписаний рассматриваемой статьи, то полагаем правомерным дать им оценку.

Согласно ч. 1 упомянутой статьи «рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении ОРМ осуществляется судом, как правило, по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания ОРМ, планируемых в отношении судьи, указанного в абзаце третьем пункта 7 статьи

¹ Сотрудник, уполномоченный руководитель органа, осуществляющего ОРД, или судья.

² См., напр.: По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 04.02.1999 № 18-О; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Трифоновой Валентины Степановны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 и пунктом 1 части первой статьи 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15.07.2004 № 394-О; решение Верховного Суда Российской Федерации от 11.09.2009 № ГКПИ09-1065.

16 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», материалы о проведении ОРМ на основании решения Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятого по результатам рассмотрения ходатайства органа, осуществляющего ОРД, могут быть переданы для рассмотрения в иной равнозначный суд».

В соответствии с ч. 2 ст. 9 ФЗ об ОРД указанные материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения, и незамедлительно. Судья (суд) не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

Анализ цитируемых предписаний позволяет прийти к следующим выводам:

- при проведении ОРМ могут ограничиваться конституционные права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища. Аналогичная позиция законодателем уже была сформулирована в отмеченной нами ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, здесь же наблюдается ее дублирование;

- такое ограничение осуществляется судом. Следует учитывать: законодатель не уточнил принадлежность судьи к конкретному виду судопроизводства, но поскольку основная цель ОРД – борьба с преступностью, очевидно, речь идет о федеральном суде общей юрисдикции. Федеральный статус судьи, по мнению отдельных исследователей, объясняется весьма просто. Во-первых, в соответствии со ст. 71, 72 Конституции РФ в ведении Российской Федерации и совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов находится защита прав и свобод человека и гражданина. Поскольку защита отмеченных ценностей не включена в предмет ведения исключительно субъекта Федерации, мировые суды как суды общей юрисдикции субъекта Федерации не вправе выносить судебные акты об ограничении конституционных прав граждан по ходатайству органов, осуществляющих ОРД. Во-вторых, органы, осуществляющие ОРД, относятся к федеральным органам власти. Следовательно, испрашивать разрешение на определенные виды деятельности они должны у федерального суда;

- рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан осуществляется не любым судом, а, как правило, по месту проведения мероприятия, как исключение – по месту нахождения органа, ходатайствующего о проведении ОРМ. Это означает недопустимость представления таких материалов не указанному в данной норме судье. Хотя законодатель не уточнил родовую (предметную) подсудность су-

дов, выдающих соответствующие разрешения, это сделал КС РФ в определении от 21.12.2006 № 560-О¹, установив, что разрешение на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ компетентные органы получают у судьи *районного суда* или *военного суда* соответствующего уровня. В связи с этим следует отметить достаточно стабильную практику определения уровня суда, выдающего такое разрешение. Результаты интервьюирования руководителей и сотрудников оперативных подразделений территориальных органов МВД России Урала, Сибири и Дальнего Востока свидетельствуют, что вопреки указанному выше определению КС РФ в подавляющем большинстве регионов разрешение на ограничение конституционных прав граждан при проведении ОРМ выдают суды республиканского (краевого, областного) уровня;

– упомянутые в предписании материалы рассматриваются судьей единолично, если законодательством Российской Федерации не установлен иной порядок их рассмотрения². Это означает, что с одной стороны, исключена коллегиальная форма их рассмотрения, препятствующая обеспечению в ОРД режима секретности и конспирации, с другой – повышается ответственность конкретного судьи за сохранность представленных ему сведений оперативно-розыскного характера;

– данные материалы рассматриваются незамедлительно³. Это, очевидно, означает, что не задействованный в процессе судья должен рассмотреть материалы немедленно; в случае участия в процессе он либо должен сделать перерыв для рассмотрения таких материалов, либо их рассмотрение председателем суда или его заместителем должно быть поручено иному судье, не задействованному в данное время в процессе;

¹Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина В.Н. Дудченко на нарушение его конституционных прав статьей 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

² Исключения из существующего правила содержатся в ст.16 Закона РФ от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» и ст.13 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации». Согласно первому проведение таких мероприятий в отношении судьи до возбуждения уголовного дела санкционируется коллегией из трех судей соответствующего суда. Аналогичная процедура выдерживается относительно указанных во втором законе представителей власти.

³ Помимо позиции законодателя существует рекомендация судьям о незамедлительном рассмотрении таких ходатайств. Подр.: О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации : постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24.12.1993 № 13.

– судья не вправе отказать в рассмотрении таких материалов. Это означает, что при представлении материалов судья в любом случае выносит по результатам их рассмотрения постановление – дает согласие на проведение мероприятия или отказывает в его осуществлении.

Согласно ч. 3 ст. 9 ФЗ об ОРД основанием для решения судьей вопроса о проведении оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, является мотивированное постановление одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Перечень категорий таких руководителей устанавливается ведомственными нормативными актами.

Анализ данного предписания позволяет сделать следующие выводы:

– постановление руководителя органа, осуществляющего ОРД, является основанием для решения судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. Следует, видимо, не согласиться с законодателем об отнесении постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД, к основанию для принятия судьей того или иного судебного акта. Общеизвестно, что основанием для осуществления каких-либо действий является наличие данных, а поводами – различные документы¹. Таким образом, представляется целесообразным в рассматриваемой формулировке термин «основание» заменить на «повод»;

– выносить такое постановление может не один руководитель органа, осуществляющего ОРД. Например, в МВД России такое постановление может вынести не только начальник ОВД, но и его заместитель – начальник полиции;

– перечень таких руководителей установлен ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих ОРД².

В соответствии с ч. 4 рассматриваемой статьи по требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им со-

¹ См., например, ст. 40 УПК РФ «Поводы и основание для возбуждения уголовного дела».

² Такой перечень представлен, например, в приказе МВД РФ от 19.06.2012 № 608 «О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России».

действие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Анализ данного предписания позволяет судить, что:

– иные материалы, касающиеся оснований для проведения мероприятия, ограничивающего конституционные права граждан, представляются судье по его требованию. В данной части нормы заложено две существенные ошибки: во-первых, по нашему мнению, материалы, обосновывающие необходимость проведения данного мероприятия должны представляться судье в обязательном порядке вместе с указанным выше постановлением. Как бы хорошо ни было оформлено постановление, как бы правильно ни были сформулированы в нем притязания органа, осуществляющего ОРД, полагаем, это не позволяет суду без дополнительных «доказательств» давать разрешение на ограничение конституционных прав граждан;

– не предоставляются судье данные о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения ОРМ. Полагаем, данная формулировка также является не лучшим образцом законотворчества. Мы абсолютно солидарны с запретом законодателя предоставлять судье данные об указанных в положении категориях лиц, но не можем согласиться с нормативным запретом на представление сведений об организации и тактике проведения ОРМ. Дело в том, что в постановлении руководителя органа, иницилирующего ограничение конституционного права гражданина (а также в иных представленных судье документах), так или иначе содержатся сведения о том, какое мероприятие будет проводиться, каким образом, когда, в отношении кого, и об иных значимых моментах, в определенной части относящихся к организации и тактике ОРМ.

Согласно ч. 5 ст. 9 ФЗ об ОРД «по результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает проведение соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, либо отказывает в его проведении, о чем выносит мотивированное постановление. Постановление, заверенное печатью, выдается инициатору проведения оперативно-розыскного мероприятия одновременно с возвращением представленных им материалов».

Исследование вышеизложенных предписаний приводит нас к следующему заключению:

– на основании рассмотрения материалов судья либо разрешает, либо не разрешает проведение мероприятия, ограничивающего консти-

туционные права граждан. Позитивное решение судьи основывается на достаточности в представленных оперативным подразделением материалах сведений, позволяющих судить о причастности лица к преступлениям, по которым производство предварительного следствия обязательно, об обоснованности ходатайства указанного органа;

- заключение судьи оформляется мотивированным постановлением;

- вынесенное судьей постановление заверяется персональной печатью;

- предоставленные судье материалы и вынесенное им постановление передаются инициатору проведения ОРМ.

Мы полагаем необходимым скорректировать данное предписание. Зачастую в суд с постановлением и иными материалами является не инициатор проведения ОРМ, а иной представитель оперативного подразделения. В связи с этим было бы целесообразным назвать рассматриваемое должностное лицо не инициатором ОРМ, а должностным лицом органа, осуществляющего ОРД, представившим постановление руководителя данного органа и иные материалы. Безусловно, налицо существенное увеличение объема описания субъекта ОРД (и это минус), но оно позволяет устранить неточность, которая как частный случай может иметь негативное воздействие на правоприменительную практику (и это плюс).

Согласно ч. 6 рассматриваемой статьи срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. При этом течение срока не прерывается. При необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов.

Исследование данного предписания позволяет сделать следующие выводы:

- срок действия постановления исчисляется в сутках;

- он не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении;

- срок действия постановления не прерывается;

- при необходимости продления срока действия постановления судья выносит новое судебное решение;

- новое судебное решение выносится на основании вновь представленных материалов.

При всей логичности и процедурной точности предписания оно, на наш взгляд, не является идеальным и вносит определенный диссонанс в теорию и практику ОРД.

Первым недочетом данного положения является то, что в нем содержатся разные единицы измерения временного отрезка: сутки и месяцы. Если сутки являются неизменным мерилем времени, то месяцы в зависимости от их наименования, порядкового номера, високосного года пусть незначительно, но отличаются друг от друга. В качестве примера, подтверждающего наши рассуждения, сравним два периода времени, равные шести месяцам: с января по июнь и с июля по декабрь. Нетрудно подсчитать, что в не високосный год первый период времени будет равен 181 суткам, второй – 184. Таким образом, нормативное указание о проведении ОРМ на протяжении не более шести месяцев не является точным выражением временного отрезка, что может вызывать различное толкование нормы закона у теоретиков и практиков.

Вторым недостатком является предписание о том, что срок действия судебного постановления не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. Часть исследователей отмечает, что никакой проблемы в данной формулировке не заложено: шесть месяцев – предельный срок проведения мероприятия, определенный законодателем, а в постановлении судьи может быть указан меньший по объему срок, например, 30 суток или 90 суток. Наша точка зрения существенно отличается от изложенной выше. Мы рассматриваем исследуемое положение синтаксически как сложносочиненное предложение, состоящее из формулировок двух норм: общей – срок действия вынесенного судьей постановления не может превышать шести месяцев, и специальной – если иное не указано в самом постановлении. Проще говоря, по общему правилу действует общая норма, но, когда в постановлении указан иной срок проведения мероприятия, – действует эта специальная норма, и она определяет такой период, какой будет указан в судебном постановлении – например, 30 суток, 200 суток и т.п. При этом мы понимаем, что в подавляющем большинстве случаев срок в 200 суток вряд ли вообще потребуется, но пока возможно различное толкование анализируемой нормы, всегда найдутся исследователи и правоприменители, сомневающиеся в ее однозначности.

Третьей проблемой выступает формулировка нормы, согласно которой «при необходимости продления срока действия постановления судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов». Для уяснения данного положения следует обратить внимание на следующие части фразы: «при необходимости продления срока действия постановления» и «судья выносит судебное решение на основании вновь представленных материалов».

Первая часть определяет цель судебного акта – продление срока действия постановления. Получается, что судья решает вопрос о про-

длении срока действия постановления, вынесенного ранее. Однако вторая часть фразы однозначно свидетельствует о том, что на основании вновь представленных материалов судья не продляет ранее действовавшее постановление, а осуществляет новый судебный акт. Таким образом, если, например, действовало судебное разрешение на проведение прослушивания телефонных переговоров фигуранта сроком на 30 суток, то суть нового судебного акта будет не в продлении мероприятия, допустим, на 40 суток, а в предоставлении субъекту ОРД права провести прослушивание телефонных переговоров сроком на 40 суток. Значит, в исследуемой норме речь должна идти не о продлении разрешения, ранее данного судьей, а о предоставлении нового.

В соответствии с ч. 7 рассматриваемой статьи в случае, если судья отказал в проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в части первой настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, вправе обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд.

Данное предписание абсолютно понятно правоприменителю, поскольку имеет однозначное содержание. Вместе с тем у представителей теории ОРД все же возникает один вопрос: «Почему законодатель в случае отказа судьи в санкционировании ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан, предлагает *обратиться по этому же вопросу* в вышестоящий суд, а не *обжаловать* не устраивающий субъект ОРД судебный акт»? Институт обжалования судебных решений весьма распространен в уголовном и гражданском судопроизводстве, и мы не видим оснований для отказа в таком подходе к ОРД. Обжалование судебных актов по вопросам ОРД, на наш взгляд, позволит судьям как первой, так и следующей инстанций почувствовать персональную ответственность за принимаемые ими решения.

Согласно ч. 8 рассматриваемой статьи руководители судебных органов создают условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах.

Полагаем, что и в этой норме не все логично. Действительно, согласно положениям данной статьи, а также правоприменительной практике, оперативно-служебные документы, на основании изучения которых принимается судебный акт об ограничении конституционных прав граждан, представляются непосредственно судье, рассматриваются незамедлительно и возвращаются инициатору. Во всей этой процедуре найти место для руководителя судебного органа достаточно сложно. Скорее всего, он вообще не знает о конкретном факте обращения к судье по поводу проведения ОРМ, ограничивающего конституционные права

гражданина, поскольку законодательство и подзаконные акты не требуют его участия в данной процедуре либо отчета перед ним судьи по каждому случаю санкционирования ОРМ. Это означает, что указанное должностное лицо не может «создавать условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых судье оперативно-служебных документах».

Несмотря на то, что нами охарактеризованы все нормы рассматриваемой статьи, нельзя не остановиться еще на одной проблеме, постоянно присутствующей в теории ОРД. Речь идет о статусе судебной деятельности применительно к рассмотрению вопроса об ограничении прав граждан при осуществлении ОРМ. Одни авторы отстаивают позицию о том, что по ходатайству органа, осуществляющего ОРД, суд принимает *решение*¹ о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. Другие – называют эту функцию *судебным контролем*² за ОРД.

Что касается первой точки зрения, то установить ее несостоятельность достаточно просто. Для этого следует выяснить сущность термина «решение», а затем определить «вклад» в его принятие всех субъектов анализируемой деятельности.

Согласно словарному значению в рассматриваемом контексте *решение* (от *решить*)³ – заключение, вывод из чего-нибудь⁴. Исходя из этого, становится очевидным, что *решение* о проведении ОРМ принимает исполнитель – сотрудник оперативного подразделения, *ходатайствует* об ограничении конституционных прав гражданина руководитель органа, осуществляющего ОРД, вынося соответствующее постановление, а *разрешает* проведение данного мероприятия судья. Ведь если бы судья принимал решение о проведении ОРМ, он автоматически становился бы субъектом ОРД, что представить довольно сложно.

Дополнительным аргументом к тому, что судья выполняет разрешительную функцию, выступает Определение Конституционного суда Российской Федерации от 14.07.1998 № 86-О⁵, разъясняющее необходи-

¹ См., напр.: Чечётин А.Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности : монография. Барнаул: Барнаульский юридический институт МВД России, 2006. С. 55.

² См., напр.: Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 123.

³ Прийти к какому-нибудь выводу, к необходимости каких-нибудь действий. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 688.

⁴ Там же.

⁵ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой.

мость «наделения суда полномочием по осуществлению процедуры независимого *одобрения* оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав граждан».

Рассматривая вопрос о наличии или отсутствии судебного контроля за ОРД, следует обратить внимание на такие аргументы:

– А.Ю. Шумилов описывает судебный контроль как санкционирование ОРМ, влекущих ограничение конституционных прав граждан. Санкция – утверждение чего-нибудь высшей инстанцией, разрешение¹. Следовательно, судебное разрешение – это утверждение выраженного в постановлении решения оперуполномоченного и ходатайства его руководителя о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан. При этом судья не имеет возможности ни контролировать собственно процедуру проведения мероприятия, ни ознакомиться с его результатами;

– контроль представляет собой проверку, а также постоянное наблюдение в целях проверки или надзора². Но ведь суд не ведет постоянное наблюдение ни за органом, осуществляющим ОРД, ни за проведением самого мероприятия. Тем более, что в отношении ОРД он не осуществляет надзорную деятельность;

– контроль (в отличие от надзора) предполагает возможность непосредственного вмешательства контролирующего органа в контролируемый процесс. Но ведь суд ни при каких условиях не может, например, прекратить осуществление начавшегося мероприятия или, наоборот, предложить более эффективный вариант его проведения, тем более, не может сам стать его участником;

– контрольная функция суда должна быть закреплена законодательно. Однако ни в ФЗ об ОРД, ни в одном из законов, регулирующих деятельность судебной системы и собственно осуществление судопроизводства, такая функция не зафиксирована³.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 686.

² Там же. С. 286.

³ Отдельные авторы для подтверждения существования в ОРД функции судебного контроля ссылаются на положения ст. 23 Федерального закона от 03.04.1995 № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности» и ст. 31 Федерального закона от 27 мая 1996 г. №57-ФЗ «О государственной охране». В них, в частности, отмечается, что контроль за деятельностью указанных федеральных органов осуществляют (кроме перечисленных субъектов) «судебные органы в пределах полномочий, определяемых Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами». Однако ни в одном из указанных нормативных правовых документов не представлена функция суда по контролю ОРД.

Перечисленные нами аргументы позволяют прийти к однозначному выводу: контрольная функция суда при осуществлении ОРД – ни более чем фантазии отдельных авторов, ничем не подкрепленные попытки выдать желаемое за действительность.

Таким образом, исследование роли суда в оперативно-розыскном ограничении конституционных прав граждан позволяет констатировать необходимость уточнения законодательной регламентации рассматриваемого процесса с целью повышения эффективности правоохранительной деятельности в целом.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 13. Судебное рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий

1. Рассмотрение материалов об ограничении конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, на неприкосновенность жилища при проведении оперативно-розыскных мероприятий осуществляется федеральным судом общей юрисдикции по месту проведения таких мероприятий или по месту нахождения органа, ходатайствующего об их проведении.

2. Допускается рассмотрение материалов о проведении в отношении судьи оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением его гражданских прав или нарушением его неприкосновенности, судебной коллегией в составе трех судей равнозначного суда не по месту проведения оперативно-розыскных мероприятий и не по месту нахождения компетентного органа, ходатайствующего об их проведении. При наличии обоснованных опасений относительно возможности рассекречивания планируемых оперативно-розыскных мероприятий соответствующие материалы подлежат направлению для рассмотрения в суд, который определяется решением Председателя Верховного Суда Российской Федерации или его заместителя, принятым по ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

3. По ходатайству органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, суд может разрешить ему ознакомление с информацией, составляющей банковскую, коммерческую, нотариальную, врачебную и иную охраняемую законом тайну, в отношении которой Федеральным законом установлен специальный порядок ее получения.

4. Орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, может ходатайствовать перед судом также об ограничении не включенных в часть первую настоящей статьи прав, предоставленных федеральным законом отдельным лицам в связи с их должностным или профессиональным статусом.

5. Материалы, представленные органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, рассматриваются судьей единолично и незамедлительно. Судья не вправе отказать в рассмотрении таких материалов в случае их представления.

6. Поводом для решения судьей вопроса об ограничении в связи с проведением оперативно-розыскных мероприятий конституционных или иных прав граждан, указанных в первой и третьей частях настоящей статьи, является оформленное в виде постановления мотивированное ходатайство органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, утвержденное его уполномоченным руководителем. Перечень категорий таких руководителей устанавливается нормативными правовыми актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

7. По требованию судьи ему могут представляться также иные материалы, касающиеся оснований или повода для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, введенных в преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих либо оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе.

8. По результатам рассмотрения указанных материалов судья разрешает при проведении опера-

тивно-розыскных мероприятий ограничить конституционные и иные права граждан, указанные в первой и третьей частях настоящей статьи, либо отказывает в этом, о чем выносит мотивированное постановление, которое заверяется печатью и выдается органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, одновременно с возвращением представленных им материалов.

9. Срок действия судебного постановления не прерывается, исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать 180 суток. При необходимости продления срока ограничения конституционных и иных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий судья дает судебное разрешение на основании вновь представленных материалов.

10. В случае отказа судьи в ограничении при проведении оперативно-розыскных мероприятий конституционных и иных прав граждан, указанных в частях первой и третьей настоящей статьи, орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, может обжаловать принятое решение в вышестоящий суд.

11. Судья, рассматривающий ходатайство органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, создает условия, обеспечивающие защиту сведений, которые содержатся в представляемых ему оперативно-служебных документах.

Статья 10. Информационное обеспечение и документирование оперативно-розыскной деятельности

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, для решения задач, возложенных на них настоящим Федеральным законом, могут создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета.

Дела оперативного учета заводятся при наличии оснований, предусмотренных пунктами 1-6 части первой статьи 7 настоящего Федерального закона, в целях собирания и систематизации сведений, проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, а также принятия на их основе соответствующих решений органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина.

Дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач оперативно-розыскной деятельности, предусмотренных статьей 2 настоящего Федерального закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач.

(Перечень дел оперативного учета и порядок их ведения определяются нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

«Знать наперед намерения противника – это, по сути, действовать, как Бог», – гласит китайская мудрость. Сведения о намерениях и действиях преступников содержатся (или могут содержаться) в информации, циркулирующей в определенной социально-коммуникационной среде и добываемой компетентными органами в целях решения задач ОРД.

Человек в процессе познания мира посредством органов чувств принимает и расшифровывает информацию. Удивительное свойство информации не уменьшаться от того, что ее потребляют, а, наоборот, «размножаться», активно используется в ОРД.

В частности, в информационных системах фиксируются сведения о лицах, фактах, предметах, событиях, представляющих оперативный интерес для субъектов ОРД. Эти сведения систематизируются в автоматизированных банках данных, картотеках, следотеках, фото- и видеотеках, делах-досье. Основное предназначение указанных накопителей информации – возможность неоднократного обращения к ним различных

субъектов ОРД. Как правило, такие запросы реализуются путем направления в учреждение, осуществляющее информационно-справочные функции, формализованного бланка, содержащего требование на предоставление сведений определенной категории, подписанного соответствующим руководителем субъекта ОРД либо оперативного подразделения. Наиболее традиционная и не представляющая тайны информация может быть получена исполнителем через компьютерные сети или посредством использования телефонных линий.

К пробелу здесь, на наш взгляд, относится положение ч. 1 рассматриваемой статьи, указывающее на возможность создания и использования органами, осуществляющими ОРД, информационных систем. Созданные и используемые указанными органами информационные системы являются, безусловно, важнейшим средством ОРД. Вместе с тем ни в анализируемой норме, ни в ч. 3 ст. 6, ни тем более в ч. 1 ст. 15 закона прямо не зафиксирована возможность оперативных подразделений (как это не очень четко, но все же сделано, например, в п. 4 ст. 13 ФЗ «О полиции») на безвозмездной основе получать информацию от должностных и физических лиц (а значит, в том числе пользоваться и информационными системами различной ведомственной принадлежности). Для устранения данного недостатка следует указать на такую возможность в ст. 15 ФЗ об ОРД.

К существенным недостаткам законотворческого процесса относится положение ч. 2 анализируемой статьи, согласно которому дела оперативного учета *заводятся* при наличии оснований, предусмотренных п.п. 1-6 ч. 1 ст. 7 закона. Оперативно-розыскная практика свидетельствует о неоднократных фактах предъявления требований со стороны органов прокуратуры по заведению дел оперативного учета в случаях, когда заведение таких дел представляется органам, осуществляющим ОРД, нецелесообразным (преступление раскрыто, лица, его совершившие, установлены, незначительный объем необходимых ОРМ не требует заведения дела оперативного учета, собранные проверочные материалы достаточны для принятия решения). Однако указанные, а также иные должностные лица вышестоящего органа, осуществляющего ОРД, настаивают на заведении таких дел, ссылаясь на однозначное установление законодателя «...заводятся... при наличии оснований». В результате образуется ненужный документооборот, задействуются дополнительные силы и средства, ухудшаются морально-психологический климат в оперативных подразделениях и взаимоотношения с надзирающими и контролирующими структурами. Полагаем, что для устранения указанного недостатка следует в анализируемой формулировке вместо слова «заводятся» применить словосочетание «могут заводиться» (тем бо-

лее, что в ведомственных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД, существует градация ситуаций, при которых необходимо либо нецелесообразно заведение дел оперативного учета).

Согласно ч. 3 рассматриваемой статьи факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод, а также законных интересов человека и гражданина. С этой нормой следует просто согласиться, поскольку она отражает существующее положение дел.

В соответствии с ч. 4 ст. 10 ФЗ об ОРД дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач ОРД, предусмотренных статьей 2 этого закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач. Если с первой частью формулировки нормы все предельно ясно, то ее вторая часть требует небольшого комментария, хотя бы на уровне практического примера. На наш взгляд, к обстоятельствам, свидетельствующим об объективной невозможности решения задач ОРД, относится. Например, ситуация, при которой оперативная разработка преступника-одиночки (лица, подготавливающего либо уже совершившего преступление), осуществляемая в рамках дела оперативного учета, подлежит прекращению в связи со смертью разрабатываемого.

Согласно положению ч. 5 ст. 10 закона перечень дел оперативного учета и порядок их ведения определяются нормативными актами органов, осуществляющих ОРД. Действующим приказом МВД России, регулирующим основные вопросы организации и тактики ОРД, на сегодняшний день регламентировано существование одиннадцати дел оперативного учета, а также ряда дел, не входящих в этот перечень. В связи с этим (хотя это напрямую не относится к совершенствованию законодательного регулирования ОРД) полагаем целесообразным существенное снижение количества дел оперативного учета и упрощение оперативного документооборота.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава V. ИНФОРМАЦИОННОЕ, ФИНАНСОВОЕ И ИНОЕ РЕСУРСНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, ДОКУМЕНТИРОВАНИЕ, ЗАЩИТА СВЕДЕНИЙ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ

Статья 16. Информационное обеспечение и документирование оперативно-розыскной деятельности

1. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, для решения задач, возложенных

на них настоящим Федеральным законом, могут создавать и использовать информационные системы.

2. Указанные органы в пределах своих полномочий имеют право запрашивать и получать на безвозмездной основе по мотивированным запросам, подписанным их уполномоченными руководителями, от государственных и муниципальных органов, общественных объединений, организаций, должностных лиц и граждан данные информационных систем, сведения, справки и документы (их копии), иные необходимые сведения, в том числе персональные данные граждан.

3. Документирование оперативно-розыскной деятельности осуществляется в ходе оперативной проверки или оперативной разработки.

4. Оперативная проверка может проводиться с заведением дела оперативного учета или без такового.

5. Оперативная разработка осуществляется с заведением дела оперативного учета.

6. Дела оперативного учета могут заводиться органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, при наличии оснований и поводов, предусмотренных частями первой и второй статьи 11 настоящего Федерального закона, в целях собирания и систематизации сведений, проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, а также принятия на их основе соответствующих решений.

7. Факт заведения дела оперативного учета не является основанием для ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина.

8. Дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач оперативно-розыскной деятельности, предусмотренных статьей 2 настоящего Федерального закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач.

9. Перечень дел оперативного учета, потребность в их заведении и порядок ведения определяют нормативными правовыми актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Статья 11. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения оперативно-розыскных мероприятий по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, имущества, подлежащего конфискации, для принятия решений о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, представляться в орган дознания, следователю или в суд, в производстве которого находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, и в иных случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами.

Результаты оперативно-розыскной деятельности в отношении лиц, перечисленных в пунктах 1-4 и 6 части второй статьи 7 настоящего Федерального закона, учитываются при решении вопроса об их допуске к указанным видам деятельности.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Законодательную дефиницию результатов ОРД мы обнаруживаем в п. 36.1 ст.5 УПК РФ, где отмечается, что «результаты ОРД – сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда».

Анализ представленного определения позволяет выделить следующие его значимые элементы:

во-первых, это сведения;

во-вторых, они получены в соответствии с ФЗ об ОРД;

в-третьих, они характеризуют признаки подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, а также лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

К сведениям обычно относят познания в какой-нибудь области, известия, сообщения¹. А это означает, что, с одной стороны, сведения обладают исключительно информационными характеристиками, с другой – законодатель не находит иной оценки для результатов ОРД. Проще говоря, результатами ОРД, по мнению законодателя, не могут быть никакие иные категории, кроме информации (сведений).

По этому поводу мы (и не только мы²) имеем отличную от законодательной точку зрения, основанную на следующих доводах.

Представим себе результаты такого ОРМ, как «оперативное внедрение». Теория и практика выработали множество вариантов проведения самого мероприятия и решаемых при его осуществлении задач. Оценивая последние, мы изберем лишь две и на этом примере сможем судить, что данное ОРМ может быть осуществлено для:

- добывания в криминальной среде оперативно значимых сведений (и тогда эта задача информационная);

- дискредитации лидера преступной группы, ее разобщения или переориентации.

Следует обратить внимание, что вторая задача не обладает информационным характером. Решая ее, мы не добываем информацию, а предотвращаем (прекращаем) преступную деятельность. Все это позволяет сделать вывод, что информационный характер результатов ОРД проявляется не всегда, отчего содержащееся в УПК РФ определение для нас перестает быть догмой.

Вторая позиция определения, отражающая законность получения результатов ОРД, у нас не вызывает никаких возражений.

Третья зафиксированная в определении черта результатов ОРД, касающаяся *лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда,*

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 689.

² См., напр.: Чумаров С.А. О понятии результатов оперативно-розыскной деятельности и их содержании // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. 2013. № 2 (13). С. 153-159.

представляется нам не в полной мере корректной. Эта некорректность проявляется в двусмысленности отмеченной фразы:

– с одной стороны, речь может идти о *скрывшихся от органов дознания, следствия или суда* лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление;

– с другой стороны, это могут быть лица, подготавливающие, совершающие или совершившие преступление, *а также* лица, скрывшиеся от органов дознания, следствия или суда.

Таким образом, мы не можем признать оптимальным для ОРД предложенное законодателем в УПК РФ определение понятия «результаты оперативно-розыскной деятельности».

Среди ученых, исследующих проблемы ОРД, также нет единого мнения об определении данной категории. В связи с этим следует посоветовать, что за двадцатипятилетний период, прошедший со времени принятия ФЗ об ОРД, представители оперативно-розыскной науки так и не вывели оптимальной характеристики рассматриваемого понятия.

Так, одни авторы относят к таким результатам «оперативно-розыскную *информацию*, добываемую с помощью оперативно-розыскных мероприятий в сфере и инфраструктуре преступности»¹, другие – рассматривают их как «непроцессуальную *информацию*»², «оперативно-розыскные *материалы*»³.

По мнению В.И. Зажицкого, результатами ОРД являются «фактические *данные* об обстоятельствах неочевидных тяжких и особо тяжких преступлений, а также о лицах, их подготавливающих, совершающих или совершивших, полученные органами, осуществляющими эту деятельность, в рамках ведения дел оперативного учета в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»⁴.

В.И. Михайлов под результатами ОРД понимает «полученные на основании и в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», *данные* о событиях и лицах, при-

¹ Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. М.: Новый Юрист, 1997. С. 9.

² Козловский А.Ю. К вопросу об оформлении результатов оперативно-розыскных мероприятий для использования в уголовном процессе // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы научно-практического семинара / отв. ред. В.М. Аتماжитов. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 109-118.

³ Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. С. 17-18.

⁴ Зажицкий В.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2001. № 3. С. 47.

частных к ним, зафиксированные на материальных носителях, приобщаемых к материалам уголовного дела»¹.

По мнению В.К. Зникина, результаты ОРД тождественны категориям «оперативная или оперативно-розыскная *информация*»².

Можно было бы еще продолжать сравнение позиций авторов относительно существа результатов ОРД, однако процитированные выше мнения существуют и сегодня, и уже позволяют сделать вывод, что отмеченные исследователи отождествляют такие результаты с категориями «информация», «сведения», «данные» (фактические данные), «материалы».

В определении КС РФ от 04.02.1999 № 18-О³. также отмечается, что «результаты ОРД являются лишь *сведениями* об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований ФЗ об ОРД, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции РФ. Соответственно, в процессуальном смысле о результатах ОРД как о фактических данных говорить преждевременно, а речь может идти лишь о сведениях, с использованием которых предстоит установить факты».

Не случайно в УПК РФ результаты ОРД рассматриваются как *сведения*, полученные в соответствии с ФЗ об ОРД о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

Однако следует отметить, что УПК РФ закрепляет узкое, уголовно-процессуальное значение и содержание результатов ОРД и рассматривает только те сведения, которые могут быть представлены дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или суду, а значит, оно не соответствует более широким возможностям и потребностям ОРД в борьбе с преступностью.

Сопоставляя словарные определения терминов «*информация*», «*сведения*», «*данные*», «*материалы*», мы обнаруживаем, что для описа-

¹ Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие. М.: Издатель И.И. Шумилова, 1998. С. 55.

² Знинкин В.К. Принципы и основные понятия перехода избыточности оперативной информации в достаточность уголовно-процессуальных доказательств. М., 1998. С. 229.

³ По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

ния понятия ключевым практически всегда выступает слово «сведения». Таким образом, формально именно данный термин объединяет все используемые вышеуказанными авторами определения понятий ОРД.

Но является ли эта формальная категория всеобъемлющей по отношению к результатам ОРД? Проще говоря, всегда ли результаты ОРД должны отождествляться только со сведениями (пусть даже очень значимыми, оперативно-розыскного характера, полученными уполномоченным субъектом и в соответствии с ФЗ об ОРД)? Полагаем, что нет. Конкретизируя нашу позицию, снова вернемся к ОРМ «оперативное внедрение».

Мы уже отмечали, что данное ОРМ может быть осуществлено не только для добывания оперативно значимых сведений, но и, например, для компрометации лидера преступной группы, ее разобщения или переориентации.

Еще раз обращаем внимание, что последняя задача не направлена на добывание сведений (информации, данных). Достигая ожидаемого результата, мы предотвращаем (прекращаем) преступную деятельность, решаем иные задачи ОРД. Все это позволяет сделать вывод, что информационный характер результатов ОРД проявляется далеко не всегда, а значит, понятие результатов ОРД нуждается в корректировке. Причем изменяться, видимо, должно не все определение, а лишь его часть, описывающая полученный в ходе ОРД результат.

Для этого нам следует определить возможные варианты классификации частных результатов ОРД. Анализ теоретических разработок и обобщение практики позволяют отнести к частным результатам ОРД в борьбе с преступностью:

- *сведения* (информация, данные) оперативно-розыскного характера;
- *предметы, документы*, имеющие прикосновенность к подготовке или осуществлению криминальной деятельности;
- *факты* предотвращения или раскрытия преступления; обнаружения и задержания преступника; разобщения или переориентации преступной группы, компрометации ее лидера; и т.п.

Классификация частных результатов ОРД дает возможность определить категории, нуждающиеся во включении в рассматриваемый перечень. Учитывая, что упомянутые выше предметы и документы являются результатом преступной, а не оперативно-розыскной деятельности, использование их в определении понятия результатов ОРД представляется неправомерным.

Таким образом, в оперативно-розыском смысле *результатами оперативно-розыскной деятельности* выступают оперативно значимые

сведения (в том числе о предметах, документах и иных материальных объектах), относящиеся к подготовке, совершению преступлений, выявлению или розыску причастных к ним лиц, а также *факты* (события), являющиеся последствиями использования отмеченных сведений сотрудниками оперативных подразделений в решении задач ОРД.

Что касается пробелов в предписаниях рассматриваемой статьи, то к категории недостатков, на наш взгляд, следует отнести положение ч. 1, согласно которому результаты ОРД могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения ОРМ по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, выявлению и установлению лиц, их *подготавливающих*, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывшихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших. В этой формулировке не упомянуты лица, уже *подготовившие* преступление. Рассуждая от обратного, можно заключить, что при наличии сведений об отмеченной категории лиц, попавшей в поле зрения органов, осуществляющих ОРД, указанные органы, формально следуя положению ч. 1 ст. 11 закона, *не* вправе использовать результаты ОРД для достижения одной из заявленных в установлении законодателя целей. Для устранения этого недостатка, представляется, достаточно дополнить анализируемую формулировку после слова «подготавливающих» термином «подготовивших».

Еще одним недочетом в определенной степени выступает положение ч. 2 анализируемой статьи, определяющее, что «результаты ОРД могут... *использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств*».

С одной стороны, п. 36 ст. 5 УПК РФ трактует результаты ОРД как сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом об ОРД, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда.

С другой стороны, ст. 89 УПК РФ «Использование результатов ОРД» указывает, что в процессе доказывания запрещается использование результатов ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом.

В Инструкции «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд»¹ от-

¹ Утверждена приказом МВД РФ, МО РФ, ФСБ РФ, ФСО РФ, ФТС РФ, СВР РФ, ФСИН РФ, ФСКН РФ СК РФ от 27.09.2013 № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68.

мечено, что результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств, и содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством, а также данные, позволяющие проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на их основе.

На наш взгляд, никакие результаты ОРД не могут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам. Речь идет о таких их признаках, как относимость и допустимость. И если относимость результатов ОРД к исследуемым по уголовному делу обстоятельствам определить достаточно просто, то их допустимость в ряде случаев представляется эфемерной.

Обязательным условием формирования допустимого доказательства является известность источника доказательства (т.е. человека). Относящиеся к делу сведения, полученные из источников, происхождение которых неизвестно, не отвечают требованию допустимости и поэтому доказательствами не являются. С известностью источника доказательства – лица, от которого оно исходит, связана возможность проверки доказательства.

Представим ситуацию, при которой конфиденент (штатный негласный сотрудник), т.е. лицо, имеющее особый статус, раскрывать который в соответствии с законом запрещено, явился очевидцем событий, относимых к расследуемому преступлению. Сообщенная им информация, облеченная в письменную форму документа, обладающего грифом секретности, может при использовании в процессе доказывания расшифровать указанный источник, что негативно скажется на его безопасности. Сообщение же компетентным лицам (следователю, судье) указанных сведений гласным сотрудником оперативного подразделения (его допрос) «со слов» негласного источника не позволяет отнести доказательство к допустимым.

Таким образом, важная для расследования уголовного дела информация будет исключена из процесса доказывания как недопустимое доказательство.

Выходом из создавшейся ситуации представляется ликвидация в теории доказательств требования о генезисе формирования доказательства, т.е. его «прохождении» от источника информации до формирования доказательства. На наш взгляд, для признания доказательства,

сформированного на основе результатов ОРД, вполне достаточным было бы подтверждение наличия такого источника и сообщенных им сведений компетентным представителем оперативного подразделения в ходе допроса.

Представление оперативными подразделениями указанным выше субъектам результатов ОРД реализуется на основании постановления органа, осуществляющего ОРД, и означает передачу в установленном законодательными и подзаконными нормативными правовыми актами порядке конкретных оперативно-служебных документов, которые после определения их относимости и значимости для уголовного судопроизводства могут быть приобщены к уголовному делу.

При наличии в материалах сведений, составляющих государственную тайну, перед представлением они подлежат рассекречиванию на основании мотивированного постановления руководителя органа, уполномоченного на осуществление ОРД.

Результаты ОРД могут представляться в виде обобщенного официального сообщения (справки-меморандума) или в виде подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

Результаты ОРД не представляются:

- если невозможно обеспечить безопасность субъектов (участников) ОРД в связи с представлением и использованием данных результатов в уголовном процессе;

- если их применение в уголовном процессе создает реальную возможность расшифровки (разглашения) сведений об используемых или использованных при проведении негласных ОРМ силах, средствах, источниках, методах, планах, результатах ОРД и т.п.

Решение о непредставлении результатов ОРД по указанным мотивам оформляется постановлением руководителя органа, осуществляющего ОРД, и приобщается к материалам дела оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела. О принятом решении уведомляется инициатор запроса.

Анализ содержания статьи позволяет сделать вывод о необходимости изменения ее редакции в целях как оптимизации ОРД, так и процесса ее позитивного влияния на уголовное судопроизводство.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 19. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности

1. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий и проведения

оперативно-розыскных мероприятий по предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников и без вести пропавших лиц, в качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, а также для принятия решений о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений.

2. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, выступать в качестве оснований иных процессуальных решений по уголовному делу (об обыске, выемке, задержании подозреваемого и т.д.), представляться дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении, а также использоваться в иных случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

3. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут направляться в налоговые органы для использования при реализации полномочий по контролю и надзору за соблюдением законодательства о налогах и сборах, по обеспечению представления интересов государства в делах о банкротстве, а также при реализации полномочий в сфере государственной регистрации юридических лиц.

4. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа осуществляется на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном межведомственными или ведомственными нормативными правовыми актами.

Статья 12. Защита сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия и материалы, послужившие основанием для принятия такого решения, хранятся только в органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, представляются суду (судье), прокурору, осуществляющему надзор за законностью оперативно-розыскной деятельности, следователю и органу дознания, в производстве которых находится уголовное дело, другим органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в порядке и случаях, которые установлены настоящим Федеральным законом.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Сведениями, составляющими государственную тайну, обладают руководители, уполномоченные на осуществление ОРД, и сотрудники оперативных подразделений. Кроме того, данные определенного характера могут сообщаться судье (при получении разрешения на мероприятие, ограничивающее конституционные права граждан) или прокурору (при осуществлении надзора за ОРД). Круг лиц, допущенных до засекреченной информации, значительно расширяется, и не все справляются с соблазном поделиться секретом со своими близкими.

Под разглашением государственной тайны понимается предание огласке (в любой форме) сведений, являющихся государственной тайной, в результате чего они стали известны посторонним (т.е. не допущенным к ним) лицам.

Согласно ч. 6 ст. 21 Закона «О государственной тайне» устанавливаются три формы допуска должностных лиц и граждан, соответствующие трем степеням секретности сведений, составляющих государственную тайну: к сведениям особой важности, совершенно секретным или секретным. Наличие у указанных субъектов допуска к сведениям более высокого уровня секретности является основанием для доступа их к сведениям меньшей степени секретности.

Анализ статьи позволяет сделать вывод о том, что содержание всех ее четырех частей раскрывает положения, обеспечивающие защиту сведений об ОРД, а не об осуществляющих ее органах. Кроме того, здесь в определенной степени действует ст. 16 ФЗ об ОРД, определяющая нормы, направленные на социальную и правовую защиту должностных лиц упомянутых органов. Для устранения данного пробела представляется более корректным и соответствующим содержанию название статьи сформулировать как «Защита сведений об оперативно-розыскной деятельности».

Очередным недостатком выступает фрагмент формулировки ч. 1 исследуемой статьи «...о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе...». Одни правоприменители могут посчитать, что речь идет о лицах, оказывающих таковое содействие штатным негласным сотрудникам органов, осуществляющих ОРД, другие – указанным органам. Для устранения отмеченного пробела достаточно после слов «...о лицах, оказывающих...» вместо местоимения «им» включить словосочетание «данным органам».

Таким же недочетом, на наш взгляд, выглядит и формулировка ч. 2 исследуемой статьи, перечисляющей категории лиц, сведения о которых могут быть преданы гласности «лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами». Полагаем, что в предложенный законодателем перечень следует включить не только должностных лиц, осуществляющих ОРД, но и **осуществлявших** ее ранее. Это обеспечит соответствующую защиту сведений об их прошлом негласном статусе – и стимулирует эффективность работы при нахождении в нем.

Что касается ч. 3 рассматриваемой статьи, формулирующей требование о хранении судебного решения на право проведения ОРМ и материалов, послуживших основанием для принятия такого решения, только в органах, осуществляющих ОРД, то практика уголовного судопроиз-

водства расставила все на свои места: многочисленные обращения лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, и их защитников о предоставлении документа, подтверждающего наличие оснований и для ограничения конституционных прав личности при осуществлении ОРД и правомерность ОРМ, обусловили рассмотрение этого вопроса КС РФ, в соответствии с определением¹ которого ст. 12 ФЗ об ОРД, предусматривающая хранение судебного решения на право проведения ОРМ и материалов, послуживших основанием для принятия такого решения, только в органах, осуществляющих ОРД, **не содержит запрета на ознакомление обвиняемого с таким судебным решением.** КС РФ ранее уже отмечал, что **результаты ОРМ, проводимых на основании судебных решений, должны представляться следователю или в суд вместе с копиями этих судебных решений** (определение от 15.07.2008 № 460-О-О) и обвиняемый может реализовать свое право на ознакомление с судебным решением о проведении в отношении него ОРМ в соответствии с п. 12 части четвертой статьи 47 УПК РФ (определение от 21.12.2006 № 590-О), а также путем направления запроса в орган, осуществляющий ОРД, где в соответствии с законом такой документ хранится (определение от 24.06.2008 № 356-О-О).

Таким образом, внесение корректив в действующую редакцию ст. 12 закона позволит минимизировать возникающие в этой области проблемы, оптимизировать защиту сведений об ОРД, обеспечить соблюдение прав личности.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 18. Защита сведений в области оперативно-розыскной деятельности

1. Сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных и иных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, введенных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, о лицах, оказывающих

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Родионова Игоря Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 3 и 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 16.04.2009 № 565-О-О..

либо оказывавших содействие этим органам на конфиденциальной основе, а также об организации и тактике оперативно-розыскной деятельности составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

2. Предание гласности сведений о лицах, введенных в преступные группы или к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших этим органам содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме.

3. Судебное разрешение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия и материалы, послужившие поводом для принятия такого решения, хранятся в органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и могут после их рассекречивания в установленном порядке передаваться дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении.

4. Оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, представляются дознавателю, руководителю органа дознания, следователю, руководителю следственного органа, в производстве которого находится уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении, прокурору, осуществляющему надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, другим органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в случаях, установленных настоящим Федеральным законом.

ГЛАВА III. ОРГАНЫ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 13. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность

На территории Российской Федерации право осуществлять оперативно-розыскную деятельность предоставляется оперативным подразделениям:

1. Органов внутренних дел Российской Федерации.
2. Органов Федеральной службы безопасности.
3. Утратил силу – Федеральный закон от 30.06.2003 №86-ФЗ.
4. Федеральных органов государственной охраны.
5. Утратил силу – Федеральный закон от 30.06.2003 №86-ФЗ.
6. Таможенных органов Российской Федерации.
7. Службы внешней разведки Российской Федерации.
8. Федеральной службы исполнения наказаний.
9. Органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

Оперативное подразделение органа внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации проводит оперативно-розыскные мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанного органа внешней разведки и в случае, если проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий органов, указанных в пунктах 1, 2, 4, 6-9 части первой настоящей статьи.

Перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, может быть изменен или дополнен только федеральным законом. Руководители указанных органов определяют перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, их полномочия, структуру и организацию работы.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, решают определенные настоящим Федеральным законом задачи исключительно в пределах своих полномочий, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации.

Оперативные подразделения органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, вправе проводить совместно с работниками уголовно-исполнительной системы оперативно-розыскные мероприятия в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Субъекты¹ ОРД – законодательно определенные органы исполнительной власти, оперативные подразделения и должностные лица которых правомочны осуществлять ОРД на территории Российской Федерации.

В статье 13 ФЗ об ОРД приведен перечень органов, в которых создаются и функционируют специальные структурные образования – оперативные подразделения², являющиеся непосредственными субъектами ОРД и объединяющие штатных сотрудников – должностных лиц, уполномоченных на ее осуществление:

- органы внутренних дел Российской Федерации;
- органы федеральной службы безопасности;
- федеральный орган исполнительной власти в области государственной охраны;
- таможенные органы Российской Федерации;
- служба внешней разведки Российской Федерации;
- федеральная служба исполнения наказаний;
- орган внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации.

Штатные сотрудники оперативных подразделений – лица, занимающие должности начальствующего состава, выполняющие оперативно-розыскную работу согласно должностным инструкциям и в объеме, определенном соответствующими нормативными правовыми актами ведомственного характера. Различные категории штатных сотрудников осуществляют ОРД в разном объеме, поэтому нормативно закреплено разделение полномочий оперативных подразделений на осуществление ОРД в полном (в теории и практике ОРД также используются названия «основные оперативные подразделения», «инициаторы ОРМ») и в ограниченном (усеченном) объеме («обеспечивающие оперативные подразделения»).

Например, в соответствии с приказом МВД России от 19 июня 2012 г. № 608³ в органах внутренних дел к оперативным отнесены подразделения:

- уголовного розыска (осуществляет ОРД в полном объеме);

¹ Субъект – познающий и действующий человек, существо, противостоящее внешнему миру как объекту познания. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 766.

² Например, в органах внутренних дел они включены в состав полиции.

³ Пришел на смену предыдущему нормативному правовому акту, См.: О некоторых вопросах организации оперативно-розыскной деятельности в системе МВД России : приказ МВД России от 15.08.2011 № 938.

- экономической безопасности и противодействия коррупции (осуществляет ОРД в полном объеме);
- собственной безопасности (осуществляет ОРД в полном объеме);
- по противодействию экстремизму (осуществляет ОРД в полном объеме);
- по борьбе с преступными посягательствами на грузы (осуществляет ОРД в полном объеме);
- по обеспечению безопасности лиц, подлежащих государственной защите (осуществляет ОРД в полном объеме);
- по обеспечению взаимодействия с правоохранительными органами иностранных государств – членов Международной организации уголовной полиции (проведение по запросам международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств ОРМ: опрос, наведение справок, отождествление личности¹);
- оперативно-поисковое (осуществляет ОРД в полном объеме);
- специальных технических мероприятий (осуществляет ОРД в полном объеме);
- оперативно-разыскной информации (проведение ОРМ: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, отождествление личности; использование конфиденциального содействия граждан);
- межрегиональные оперативно-розыскные отделы (отделения) территориальных органов внутренних дел на окружном уровне (осуществляет ОРД в полном объеме)².

Сотрудников оперативных подразделений можно также разделить на две группы:

- штатные гласные сотрудники, осуществляющие ОРД;
- штатные негласные сотрудники, осуществляющие ОРД (должностные лица оперативно-поисковых подразделений и подразделений специальных технических мероприятий, чья принадлежность к ним скрывается в связи со спецификой выполнения служебных обязанностей). В данных подразделениях работают должностные лица, пользующиеся такими же правами, как и все сотрудники органов, осуществ-

¹ По мнению автора, столь куцей инструментарий для осуществления ОРД по запросам компетентных органов иностранных государств не позволяет данному подразделению полноценно решать поставленные перед ним задачи.

² До недавнего времени в этом перечне были и ликвидированные ныне подразделения по борьбе с организованной преступностью.

ляющих ОРД, однако их обязанности ограничены необходимостью осуществления деятельности конспиративного характера.

Оперативные подразделения, обеспечивающие сотрудничество с правоохранительными органами иностранных государств – членов Международной организации уголовной полиции системы Национального центрального бюро Интерпола в России (НЦБ Интерпола) в рамках международной организации полиции «Интерпол» осуществляют взаимодействие с правоохранительными органами зарубежных стран как в целом, так и по отдельным направлениям борьбы с преступностью. В их компетенцию входят:

- организация и проведение отдельных ОРМ по запросам международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств;

- направление запросов для осуществления правоохранительными органами иностранных государств мероприятий по розыску лиц из числа граждан Российской Федерации, скрывающихся за рубежом от органов дознания, следствия и суда, без вести пропавших, а также по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений;

- осуществление постоянного взаимодействия с правоохранительными органами Российской Федерации и иностранными государствами по вопросам исполнения вышеуказанных запросов.

Таким образом, оперативные подразделения различны по возможностям использования сил, средств, методов и участию в ОРД в целом. Специфика субъектов ОРД обусловлена и тем, что штаты некоторых оперативных подразделений подразделяются на кадровых гласных сотрудников и законспирированных штатных негласных сотрудников. И те, и другие занимают должности начальствующего состава, профессионально подготовлены и имеют соответствующую форму допуска к документам и сведениям, составляющим государственную тайну. Но если первая категория сотрудников вправе сочетать ОРД с иными видами государственно-правовой деятельности (например, уголовно-процессуальной, административно-правовой), а также выступать инициаторами организации ОРМ и принимать непосредственное участие в их проведении, то вторая обладает возможностью применять исключительно тайные, преимущественно разведывательно-поисковые методы добывания информации, решения других задач ОРД.

Организация борьбы с преступностью предопределяет потребность в специализации субъектов ОРД, направленной на повышение эффективности выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия определенных видов преступлений, и разделении этих субъектов на основные, применяющие все без исключения средства решения задач

ОРД, и вспомогательные, которые обеспечивают оптимальное осуществление ОРД за счет информационного, разведывательного и технического ее сопровождения.

Вместе с тем оперативные подразделения для решения оперативно-служебных задач привлекают и используют возможности различных служб, подразделений и граждан, рассматриваемых и объединяемых в теории ОРД понятием «силы ОРД», включающим вместе с должностными лицами оперативных подразделений:

– сотрудников не оперативных подразделений правоохранительных органов;

– лиц, оказывающих содействие оперативным подразделениям.

Следует отметить, что борьба с преступностью является общей задачей большей части правоохранительной системы. Поэтому взаимодействие в интересах решения оперативно-розыскных задач осуществляется не только между субъектами ОРД, но и с другими подразделениями и службами. Нормативные правовые акты, регулирующие деятельность той или иной службы, обязательно определяют формы взаимодействия с оперативными подразделениями, какие средства и методы сотрудники этих служб могут применять в процессе предупреждения и раскрытия преступлений. К проведению ОРМ возможно привлечение и иных сотрудников, не относящихся к подразделениям полиции.¹

Поэтому для выявления, предотвращения, пресечения и раскрытия преступлений, а также решения других задач ОРД в необходимых случаях оперативными подразделениями привлекаются и иные должностные лица правоохранительных органов и специальных служб.

Вместе с тем следует провести четкую границу между должностными лицами-субъектами ОРД (обладающими полными или усеченными полномочиями) и ее участниками². **Участники ОРД (ОРМ)** – *отдельные лица, не состоящие в штатах подразделений, осуществляющих ОРД, но добровольно оказывающие им разовое, периодическое или систематическое содействие в подготовке и проведении ОРМ, решении иных частных задач ОРД*. Так, в соответствии с ч. 5 ст. 6, п. 2 ч. 1 ст. 15, ч. 1

¹ О полиции : Федеральный закон от 07.02.2011 № 3-ФЗ, ст. 32; ФЗ об ОРД, ч. 5 ст. 6, п. 4 ст. 14.

² В этом смысле мы не можем согласиться с позицией авторов, полагающих, что «теория ОРД традиционно относит к субъектам ОРД оперативные подразделения и входящих в них должностных лиц органов, уполномоченных на осуществление ОРД, а также лиц, добровольно участвующих в подготовке или проведении ОРМ...». См. Основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел Российской Федерации : учебное пособие / авт.-сост. Е.П. Шляхтин, И.М. Усманов. Казань. КЮИ МВД России, 2017. С. 108.

ст. 17 ФЗ об ОРД ее субъекты вправе привлекать отдельных лиц с их согласия к подготовке или проведению ОРМ. К лицам, оказывающим содействие оперативным подразделениям, кроме вышеперечисленных сотрудников правоохранительных органов, осуществляющих ОРД в усеченном объеме, следует отнести:

- отдельных граждан¹, оказывающих гласное разовое, периодическое или систематическое содействие, в том числе по контракту;
- лиц, оказывающих разовое, периодическое или систематическое конфиденциальное содействие, в том числе на контрактной основе;
- специалистов, оказывающих разовое, периодическое или систематическое содействие на гласной и негласной основе, в том числе по контракту.

Детально виды содействия и категории содействующих лиц будут рассмотрены и охарактеризованы в соответствующем разделе монографии.

Вместе с тем положения рассматриваемой статьи не лишены отдельных недостатков.

Так, согласно ее ч. 1 (как, кстати, и ст. 1 ФЗ об ОРД), осуществлять ОРД допускается не перечисленным органам, а лишь их оперативным подразделениям. При этом пробелом выступает отсутствие в законе дефиниции понятия «оперативное подразделение». Выходом из рассматриваемой ситуации является фиксация в законе определения указанного понятия (например, *оперативное подразделение* – структурно-штатное формирование государственного органа, объединяющее должностных лиц, решающих задачи ОРД в соответствии с определенной им законом компетенцией).

Право на осуществление ОРД имеют должностные лица оперативных подразделений указанных органов, функциональные обязанности которых реализуются в сфере решения задач ОРД, прошедшие профессиональную подготовку и имеющие соответствующую форму допуска к сведениям и документам, составляющим государственную тайну.

Законодатель делегирует право определения перечня оперативных подразделений, правомочных осуществлять ОРД, их полномочий, структуры и организации работы руководителям указанных органов. Последние в этих целях издают ведомственные нормативные правовые акты, закрепляющие и конкретизирующие вышеуказанные положения.

¹ Термин «гражданин» в данном случае используется безотносительно к общеизвестным признакам гражданства во избежание постоянного повторения слова «лицо».

Другим пробелом данной статьи является отсутствие в законе указания на то, что ОРД могут производить не только оперативные подразделения (их сотрудники), но и иные должностные лица органа, осуществляющего ОРД (руководители указанного органа, отдельные сотрудники, выполняющие оперативно-розыскные функции в усеченном объеме). Для исправления сложившейся ситуации необходимо внести соответствующие дополнения в текст ФЗ об ОРД.

Исследование ч. 3 статьи позволяет судить о наличии и в ней недостатков.

Во-первых, это касается первого предложения, согласно которому «перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, может быть изменен или дополнен только федеральным законом». Суть рассматриваемого предписания абсолютно понятна и не вызывает возражений. Они возникают относительно формы, вернее применения законодателем двух терминов: «изменен» и «дополнен». Сопоставление значений производящих глаголов *изменить* ('сделать иным; переменить'¹) и *дополнить* ('сделать более полным, прибавив что-л. сверх имеющегося; пополнить'²) позволяет говорить о том, что семантика первого из них включает в себя семантику второго. Поэтому, на наш взгляд в исследуемом положении правильнее было бы оставить лишь один термин «изменен».

Второе предложение рассматриваемого предписания фиксирует, что «руководители указанных органов (осуществляющих ОРД – Н.Ж.) определяют перечень оперативных подразделений, правомочных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, их полномочия структуру и организацию работы».

С одной стороны, представляется, что далеко не все руководители имеют возможность реализовывать указанную норму. Действительно, например, министр внутренних дел может определять перечень оперативных подразделений, их структуру и организацию работы, однако ничего этого не может делать руководитель органа, осуществляющего ОРД – начальник территориального ОВД либо его заместитель – начальник полиции.

С другой стороны, даже Министр внутренних дел не может «определять полномочия» указанных подразделений, поскольку они зафиксированы в ст. 14, 15 ФЗ об ОРД и законодательных актах о конкретных правоохранительных органах и спецслужбах, его право – лишь распределять между ними полномочия, отнесенные законом к его ведомству.

¹ Словарь русского языка: в 4 т. Т. I. М., 1981. С. 647.

² Там же. С. 430.

Об этом свидетельствует ч.4 рассматриваемой статьи, согласно которой «органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, решают определенные настоящим Федеральным законом задачи исключительно в пределах своих *полномочий, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации*».

Анализ ч. 5 позволяет сделать вывод, что субъектам ОРД допускается совместно с работниками уголовно-исполнительной системы проводить ОРМ в следственных изоляторах. Подобное разрешение осуществлять ОРД на других объектах уголовно-исполнительной системы отсутствует. Это означает, что в иных учреждениях такая работа должна проводиться сотрудниками оперативных подразделений исправительных учреждений по заданиям (запросам) органов, осуществляющих ОРД, или по собственной инициативе.

Таким образом, корректировка положений рассматриваемой статьи выступает оптимальным средством для четкого ее понимания правоприменителем.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава II. ОРГАНЫ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 6. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность

1. Право осуществлять оперативно-розыскную деятельность предоставляется оперативным подразделениям и уполномоченным должностным лицам:

1.1. Органов внутренних дел.

1.2. Органов федеральной службы безопасности.

1.3. Органов государственной охраны.

1.4. Таможенных органов Российской Федерации.

1.5. Службы внешней разведки Российской Федерации.

1.6. Федеральной службы исполнения наказаний.

2. Оперативное подразделение органа внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации проводит оперативно-розыскные мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанного органа внешней разведки и в случае, ес-

ли проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий органов, указанных в пунктах 1-6 части первой настоящей статьи.

3. Перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, может быть изменен только федеральным законом. Руководители указанных органов определяют перечень оперативных подразделений и уполномоченных должностных лиц, правомочных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, структуру и организацию работы, распределяют их полномочия.

4. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, решают определенные настоящим Федеральным законом задачи исключительно в пределах своих полномочий, установленных соответствующими нормативными правовыми актами Российской Федерации.

5. Органы, перечисленные в части 1 настоящей статьи, при проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы осуществляют взаимодействие с сотрудниками Федеральной службы исполнения наказаний в порядке, определяемом нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Статья 14. Обязанности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

При решении определенных настоящим Федеральным законом задач оперативно-розыскной деятельности органы, уполномоченные ее осуществлять, обязаны:

1. Принимать в пределах своих полномочий все необходимые меры по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, собственности, а также по обеспечению безопасности общества и государства.

2. Исполнять в пределах своих полномочий поручения в письменной форме органа дознания, следователя, указания прокурора и решения суда о проведении оперативно-розыскных мероприятий по уголовным делам, принятым ими к производству.

3. Выполнять на основе и в порядке, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, запросы соответствующих международных правоохранительных организаций, правоохранительных органов и специальных служб иностранных государств.

4. Информировать другие органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность на территории Российской Федерации, о ставших им известными фактах противоправной деятельности, относящихся к компетенции этих органов, и оказывать этим органам необходимую помощь.

5. Соблюдать правила конспирации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

6. Содействовать обеспечению в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, безопасности и сохранности имущества своих сотрудников, лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, участников уголовного судопроизводства, а также членов семей и близких указанных лиц от преступных посягательств.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Полномочие представляет собой предусмотренную законом возможность участника правоотношения осуществлять определенные действия или требовать известных действий от другого участника этого правоотношения.

*Обязанности*¹ как неотъемлемая часть полномочий субъектов ОРД сосредоточены в ст. 14 ФЗ об ОРД, которая так и называется «Обязанности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность»². В ней сформулировано следующее: «При решении определенных настоящим Федеральным законом задач оперативно-розыскной деятельности органы, уполномоченные ее осуществлять, обязаны:

1. Принимать в пределах своих полномочий все необходимые меры по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, собственности, а также по обеспечению безопасности общества и государства.

2. Исполнять в пределах своих полномочий поручения в письменной форме следователя, руководителя следственного органа, органа дознания и решения суда о проведении оперативно-розыскных мероприятий по уголовным делам, принятым ими к производству.

3. Выполнять на основе и в порядке, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, запросы соответствующих международных правоохранительных организаций, правоохранительных органов и специальных служб иностранных государств.

4. Информировать другие органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность на территории Российской Федерации, о ставших им известными фактах противоправной деятельности, относящихся к компетенции этих органов, и оказывать этим органам необходимую помощь.

5. Соблюдать правила конспирации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

6. Содействовать обеспечению в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, безопасности и сохранности имущества своих сотрудников, лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, участников уголовного судопроизводства, а также членов семей и близких указанных лиц от преступных посягательств».

¹ Круг действий, возложенных на кого-нибудь и безусловных для выполнения. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 433.

² Представляется странным, что в ФЗ об ОРД (как и во многих других законодательных и подзаконных актах) обязанности по местоположению предваряют права. Обыкновенная логика подсказывает, что без наличия прав невозможно осуществлять обязанности. В качестве позитивного примера определения последовательности этих категорий выступает Закон «Об оперативно-розыскной деятельности в Приднестровской Молдавской Республике», где в ст. 14 излагаются права указанных органов, а в ст. 15 – их обязанности.

По меткому выражению немецкого мыслителя, революционера, экономиста Карла Маркса, нет прав без обязанностей, нет обязанностей без прав¹.

Таким образом, обязанности должностных лиц оперативных подразделений неотделимы от их прав.

Отдельные авторы, не ограничиваясь правами и обязанностями, в своих работах относят к третьему элементу полномочий **ответственность** – *необходимость, обязанность давать кому-нибудь отчет в своих действиях*². Однако из представленного определения следует, что ответственность является лишь элементом обязанности, а не самостоятельной частью полномочий³.

Если рассуждать о конкретных правотворческих недостатках, то к ним следует отнести формулировку положения п. 1 рассматриваемой статьи, т.к. названная здесь обязанность не соответствует заключительной части дефиниции понятия ОРД, данного в ст. 1 ФЗ об ОРД. В ней отсутствует упоминание о защите жизни и здоровья; права и свободы человека и гражданина обозначаются как «конституционные»; становится непонятным, от чего защищать указанные ценности, поскольку отсутствует словосочетание «от преступных посягательств». Представляется необходимым привести эти две нормы в соответствие друг с другом.

Некоторый недочет обнаруживается нами при исследовании нормы п. 3 статьи. В ней, кроме отмеченных ранее в п. 6 ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД «международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств», появилось дополнение в виде «специальных служб иностранных государств». Представим себе, что какая-нибудь иностранная спецслужба обратилась к органам, осуществляющим ОРД, за содействием в решении оперативно-розыскных задач (которые, как мы знаем, реализуются преимущественно посредством подготовки и проведения ОРМ). В соответствии с рассматриваемой нормой российские специалисты *обязаны*⁴ провести некие ОРМ, однако сделать это *невозможно*, поскольку в ч. 1 ст. 7 ФЗ об ОРД отсутствует такое основание для проведения мероприятий. Правоприменительная проблема возникла из-за нестыковки двух статей ФЗ об ОРД, в одной из

¹ Энциклопедия афоризмов (Мысль в слове) / худож. Ю.Д. Федичкин. М.: ООО «Фирма «Издательство АСТ», 2000. С. 350.

² Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 459.

³ Отсутствие обязанностей означает отсутствие ответственности за их неисполнение.

⁴ Обязанность – круг действий, возложенных на кого-нибудь и безусловных для выполнения. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 442.

которых забыли упомянуть специальные службы иностранных государств. Проще говоря, с одной стороны, нормой закона (п. 6 ч. 1 ст. 7) такого основания, как обращение спецслужб иностранного государства, не предусмотрено, что не позволяет провести ОРМ, с другой – в соответствии с п. 3 ст. 14 такую помощь необходимо оказать, поскольку неисполнение обязанностей влечет установленную законом ответственность.

Для устранения описанного парадокса следует в п. 6 ч. 1 ст. 7 внести соответствующие изменения.

К проблемному относится, по нашему мнению, и положение п. 4: «Информировать другие органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность на территории Российской Федерации, о ставших им известными *фактах* противоправной деятельности, относящихся к компетенции этих органов, и оказывать этим органам необходимую помощь». В связи с такой трактовкой предписания возникает два закономерных вопроса:

– распространяется ли названная обязанность и на случаи, когда выявлены не «факты противоправной деятельности», а подготовительные действия, не характеризующиеся криминальной окраской, либо лица, их осуществляющие?

– как можно информировать другие органы о ставших *им* известными фактах противоправной деятельности?

Ответы на поставленные вопросы и потребность в корректировке данного предписания напрашиваются сами собой.

К не содержащему в себе ничего нового можно отнести положение п. 5 рассматриваемой статьи, определяющее обязанности органов, осуществляющих ОРД, «соблюдать правила конспирации при осуществлении ОРД». Такая обязанность уже вытекает из положений ст. 3 ФЗ об ОРД, объявляющих одной из основополагающих идей ОРД принцип конспирации. Следуя логике законодателя, в анализируемой нами статье необходимо было бы указать на обязанность органов, осуществляющих ОРД, соблюдать законность, сочетать гласные и негласные методы и средства. Поскольку это сделано не было, постольку и упоминание здесь о необходимости соблюдать конспирацию при осуществлении ОРД представляется неоправданным.

Еще одним недочетом в работе законодателя является формулировка п. 6 рассматриваемой статьи, где провозглашается обязанность защиты от преступных посягательств лиц, осуществляющих ОРД, оказывающих содействие таким органам, членов их семей и близких. Верная, по сути, идея, по нашему мнению, требует уточнения в части включения в этот перечень лиц, *оказывавших* содействие органам, осуществ-

ляющим ОРД. Такое дополнение позволит обеспечить легитимную защиту тех лиц, которые в настоящее время не оказывают помощи органам, осуществляющим ОРД, но подвергаются криминальному давлению в связи с предшествовавшим этому содействием оперативным подразделениям. В свою очередь, упомянутые лица, будучи уверенными в собственной безопасности и в безопасности тех, кто им дорог, наверняка станут действовать в интересах органов более эффективно.

Краткий анализ положений ст. 14 ФЗ об ОРД приводит к выводу о существенной пробельности ее положений и необходимости в связи с этим выработки новой редакции.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 8. Обязанности органов и должностных лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

Органы и должностные лица, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, обязаны:

1. Принимать в пределах своих полномочий все необходимые меры по достижению целей и решению задач оперативно-розыскной деятельности.

2. Осуществлять в рамках полномочий и в соответствии с подведомственностью проверку заявлений и сообщений о преступлениях.

3. Документировать обстоятельства подготовки и совершения преступлений, обеспечивать сохранность их следов.

4. Выявлять факторы, способствующие совершению преступлений, принимать в пределах полномочий меры по их минимизации или устранению.

5. Выявлять лиц, склонных к совершению преступлений, проводить с ними индивидуальную профилактическую работу.

6. Осуществлять в соответствии с федеральным законом государственную защиту лиц, содействующих или содействовавших решению задач оперативно-розыскной деятельности, потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей,

должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других лиц.

7. Информировать иные органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, о ставших известными фактах преступлений, относящихся к компетенции этих органов, и оказывать им необходимую помощь.

8. Исполнять в пределах своих полномочий письменные поручения дознавателя, руководителя органа дознания, следователя, руководителя следственного органа о проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлении, принятым ими к производству, а также решения суда по рассматриваемым им уголовным делам.

Статья 15. Права органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

При решении задач оперативно-розыскной деятельности органы, уполномоченные ее осуществлять, имеют право:

1. Проводить гласно и негласно оперативно-розыскные мероприятия, перечисленные в статье 6 настоящего Федерального закона, производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, а также прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

В случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

Если при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий изымаются документы и (или) электронные носители информации, то изготавливаются копии документов, которые заверяются должностным лицом, изъявшим документы, и (или) по ходатайству законного владельца изъятых электронных носителей информации или обладателя содержащейся на них информации информация, содержащаяся на изъятых электронных носителях, копируется на другие электронные носители информации, предоставленные законным владельцем изъятых электронных носителей информации или обладателем содержащейся на них информации. Копии документов и (или) электронные носители информации, содержащие копии изъятой информации, передаются лицу, у которого были изъяты эти документы, и (или) законному владельцу изъятых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации, о чем делается запись в протоколе. В случае, если при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий невозможно изготовить копии документов и (или) скопировать информацию с электронных носителей информации или передать их одновременно с изъятием документов и (или) электронных носителей информации, указанное должностное лицо передает заверенные копии документов и (или) электронные носители информации, содержащие копии изъятой информации, лицу, у которого были изъяты эти документы, и (или) законному владельцу изъятых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации в течение пяти дней после изъятия, о чем делается за-

пись в протоколе. При копировании документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях информации, должны обеспечиваться условия, исключающие возможность утраты или изменения документов и (или) информации. Не допускается копирование документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях информации, если это может воспрепятствовать осуществлению оперативно-розыскной деятельности.

В случае, если по истечении пяти дней после изъятия документов заверенные копии документов не были переданы лицу, у которого изъяты документы, заверенные копии документов в течение трех дней должны быть направлены по почте заказным почтовым отправлением, о чем делается запись в протоколе с указанием номера почтового отправления.

Копии документов направляются по адресу места нахождения юридического лица или адресу места жительства физического лица, указанному в протоколе.

2. Устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность.

3. Использовать в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий по договору или устному соглашению служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц.

4. Использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

5. Создавать в установленном законодательством Российской Федерации порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Законные требования должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обязательны для исполнения физическими и юридическими лицами, к которым такие требования предъявлены.

Неисполнение законных требований должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, либо воспрепятствование ее законному осуществлению влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Потребность в регламентации правового статуса органов и должностных лиц, осуществляющих ОРД, диктуется теорией государственного профессионального сыска¹, но в большей степени – правоприменительной практикой, почти ежедневно сталкивающейся с теми или иными проблемами, осложняющими успешное решение задач ОРД по борьбе с преступностью.

Правовой статус² субъектов ОРД предусматривает наличие у них специальных полномочий. Вместе с тем в теории ОРД отсутствует четкое понимание содержания полномочий субъектов ОРД и их объема.

Согласно Большой российской энциклопедии *полномочие* есть предусмотренная законом возможность участника правоотношения осуществлять определенные действия или требовать известных действий от другого участника этого правоотношения. Толковый словарь русского языка С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой определяет *полномочия* как официально предоставленное кому-нибудь *право* какой-нибудь деятельности, ведения дел. А.Ю. Шумилов определяет *полномочия* органа, осуществляющего ОРД, как «предоставление оперативному подразделению *права* осуществлять оперативно-розыскные мероприятия и принимать соответствующие юридически значимые решения, устанавливать запреты, разрешать или поощрять ту или иную деятельность, издавать обязательные к исполнению в сфере оперативно-розыскной деятельности нормативные предписания»³.

Таким образом, полномочия понимаются многими как право.

Право представляет собой *совокупность установленных или санкционированных государством общеобязательных правил поведения*

¹ Одной из таких мало изученных проблем теории оперативно-розыскной деятельности выступает недостаточная научная разработанность полномочий субъектов данной отрасли права. См: Аتماжитов В.М., Бобров В.Г. Современное состояние и основные направления развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел : научный доклад. М.: Академия управления МВД России, 2001. С 6.

² Иначе – правовое положение.

³ Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. проф. А.Ю. Шумилов. С. 227.

(норм), соблюдение которых обеспечивается мерами государственного воздействия.

В соответствии с ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД указанные органы обладают специальными правами:

- выбирать способ осуществления ОРМ (гласно или негласно), сочетать их с возможностью создания благоприятных обстоятельств для решения задач ОРД (изымать документы, предметы, материалы и сообщения, прерывать предоставление услуг связи);

- использовать в процессе ОРД помощь граждан как гласно, так и негласно, в том числе с заключением с ними контрактов;

- использовать по соглашению с юридическими или физическими лицами принадлежащие им жилые, нежилые помещения, транспортные средства, иное имущество;

- использовать в соответствии с требованиями конспирации документы, зашифровывающие подлинные установочные данные, биографические и иные сведения о субъектах ОРД, скрывающие ведомственную принадлежность предприятий, организаций, учреждений, помещений и транспортных средств;

- создавать в установленном порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения (так называемые *легендированные объекты*), позволяющие скрыть ведомственную принадлежность их, должностных лиц оперативных подразделений, выступающих в роли учредителей и сотрудников данных структур, граждан, оказывающих им в этом содействие.

Идентификация полномочий с правом является позицией далеко не всех авторов, некоторые в результате научных изысканий пришли к выводу о сущности полномочий как совокупности прав и обязанностей.¹ Так, авторы краткого учебного курса «Теория оперативно-розыскной деятельности», комментируя установления законодателя (п. 2 ст. 14), отмечают, что оперативные подразделения «*обязаны* исполнять в *пределах своих полномочий* поручения в письменной форме органа дознания, следователя, указания прокурора² и решения суда о проведении оперативно-розыскных мероприятий по уголовным делам, принятым ими к производству»³.

¹ Подр.: Железняк И.Н. Полномочия субъектов оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2008.

² Эту фразу необходимо оценивать в соответствии с законодательными изменениями, внесенными в ФЗ об ОРД Федеральным законом от 24.07.2007 № 214-ФЗ, лишающими прокурора подобных полномочий.

³ Теория оперативно-розыскной деятельности / под ред. К.К. Горяйнова, В.С. Овчинского, Г.К. Сенилова. М.: Норма, 2006. С. 114.

Перечень отмеченных прав в достаточно кратком их изложении раскрывает предписания ст. 15 ФЗ об ОРД и, на первый взгляд, представляется вполне убедительным.

Анализ содержания статьи позволяет сделать вывод, что ее ч. 1 представляет собой синтаксическую конструкцию, состоящую из двух законченных по смыслу элементов, первым из которых является п. 1, позволяющий проводить оперативно-розыскные мероприятия, производить при их осуществлении изъятие документов, предметов, материалов, сообщений, а в особых случаях прерывать предоставление услуг связи, вторым – совокупность п. 2-5, создающих условия для проведения таких мероприятий (установление сотрудничества, использование помещений, имущества, транспорта юридических и физических лиц, документов прикрытия, легендированных объектов).

Вместе с тем в ней, как, собственно, и в большинстве статей ФЗ об ОРД, содержатся существенные недостатки, являвшиеся предметом нашего исследования еще в первом десятилетии нового века¹ и, в значительной части, так и не устраненные законодателем.

Рассмотрим их в более подробном изложении.

Первое из полномочий означает возможность субъектов ОРД, например, проводить в необходимых случаях так называемые оперативные комбинации, заключающиеся в искусственном создании благоприятных для решения задач ОРД условий (например, комбинации, способствующие проявлению проверяемым лицом преступных намерений, установлению криминальных связей, обнаружению предметов и документов, могущих быть доказательствами противоправной деятельности и пр.).

Второе полномочие обеспечивает изъятие при проведении ОРМ материальных объектов как потенциальных доказательств противоправной деятельности².

Третье – обеспечивает решение в ходе ОРД задачи по пресечению контактов правонарушителей с использованием средств связи.

Четвертое полномочие позволяет привлекать граждан (на гласной или конфиденциальной основе) к решению задач ОРД. Критерием по-

¹ Железняк Н.С., Васильев А.Д. Указ. соч.

² В соответствии с определением Конституционного Суда РФ от 15.07.2004 № 304-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки В.С. Трифоновой на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 части первой статьи 6 и пунктом 1 части первой статьи 15 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"» изъятие имущества органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, носит временный характер, не приводит к его отчуждению и не порождает перехода права собственности к государству.

лезности такой помощи является не количество указанных лиц, а эффективность их участия в правоохранительной деятельности. И хотя в специальных подразделениях субъектов ОРД ведется статистика развития конфиденциальных отношений с гражданами, она, как показывают многочисленные исследования, не в полной мере соответствует действительности.

Пятое полномочие обеспечивает использование в ходе ОРД по устному или письменному соглашению служебных помещений, имущества предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилых и нежилых помещений, транспортных средств и иного имущества частных лиц.

Шестое полномочие означает разрешение субъектам ОРД изготавливать документы (паспорта, свидетельства, удостоверения, справки и т.п.), зашифровывающие принадлежность лиц и иных объектов к оперативно-розыскной сфере.

Последнее из полномочий позволяет органам, осуществляющим ОРД, создавать легендированные объекты (учреждения, предприятия, фирмы), зашифровывающие принадлежность их и работающих в них лиц к оперативно-розыскной сфере. Чтобы понять их роль, достаточно вспомнить контору «Рога и копыта» из бессмертного произведения И. Ильфа и Е. Петрова «Золотой теленок».

Остальное содержание рассматриваемой статьи представляется не более, чем декларациями, поскольку ч. 2 носит неопределенный, а ч. 3 – бланкетный (отсылочный) характер.

Статьи 14, 15 ФЗ об ОРД определяют лишь наиболее общие группы полномочий оперативных подразделений, которые не ограничиваются предписаниями указанных статей, а изложены в иных нормах этого и других законодательных актов.

Согласно положениям ФЗ об ОРД субъекты ОРД также вправе:

- в установленных федеральным законом пределах осуществлять ОРД посредством проведения ОРМ (ст. 1);
- отказать в предоставлении запрошенных сведений лицу, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке (ч. 4 ст. 5);
- не уничтожать по истечении одного года полученные в результате проведения ОРМ материалы в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, если этого требуют служебные интересы или правосудие (ч. 7 ст. 5);
- в ходе проведения ОРМ использовать информационные системы, видео- и аудиозапись, кино- и фотосъемку, а также другие техниче-

ские и иные средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде (ч. 3 ст. 6);

– в пределах своих полномочий собирать данные, необходимые для принятия решений: о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну, о допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды; о допуске к участию в ОРД или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления; об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении ОРМ; по обеспечению безопасности органов, осуществляющих ОРД; о предоставлении либо аннулировании лицензии на осуществление частной детективной или охранной деятельности, о переоформлении документов, подтверждающих наличие лицензии, о выдаче (о продлении срока действия, об аннулировании) удостоверения частного охранника; о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений при наличии запроса, направленного в порядке, определяемом Президентом РФ (ч. 2 ст. 7);

– в экстренных случаях без предварительного разрешения судьи проводить ОРМ, предусмотренные ч. 2 ст. 8, с обязательным уведомлением суда в течение 24 часов (ч. 3 ст. 8);

– в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме прослушивать телефонные переговоры, ведущиеся с их телефонов, с обязательным уведомлением соответствующего суда в течение 48 часов (ч. 6 ст. 8);

– для обеспечения безопасности органов, осуществляющих ОРД, проводить ОРМ, ограничивающие конституционные права граждан, без судебного разрешения при наличии согласия гражданина в письменной форме (ч. 10 ст. 8);

– не предоставлять судье оперативно-служебные документы, содержащие сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им¹ содействие на конфиденциальной основе, об организации и тактике проведения ОРМ (ч. 3 ст. 9);

¹ Указанные лица, естественно, оказывают содействие не штатным негласным сотрудникам, а органам, осуществляющим ОРД.

– в случае если судья отказал в проведении ОРМ, которое ограничивает конституционные права граждан, указанные в ч. 1 ст. 9, обратиться по этому же вопросу в вышестоящий суд (ч. 6 ст. 9);

– создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета (ч. 1 ст. 10);

– использовать результаты ОРД (ч. 1, 2 и 4 ст. 11);

– предавать огласке сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12);

– представлять оперативно-служебные документы, отражающие результаты ОРД, суду, прокурору, осуществляющему надзор за законностью ОРД, следователю и органу дознания, в производстве которых находится уголовное дело, другим органам, осуществляющим ОРД, в порядке и случаях, которые установлены ФЗ об ОРД (ч. 4 ст. 12);

– осуществлять на территории Российской Федерации ОРД (преамбула, ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 13, п. 4 ст. 14);

– проводить совместно с работниками уголовно-исполнительной системы ОРМ в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы (ч. 5 ст. 13);

– причинять вынужденный вред правоохраняемым интересам при правомерном выполнении своего служебного долга (ч. 4 ст. 16);

– заключать контракты с совершеннолетними дееспособными лицами, независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политическим убеждениям (ч. 2 ст. 17);

– проводить специальные мероприятия по защите лиц, сотрудничающих с органами, осуществляющими ОРД, и членов их семей в порядке, определяемом законодательными и иными нормативными правовыми актами России (ч. 7 ст. 18);

– использовать из государственного бюджета денежные средства для решения задач ОРД (ч. 1 ст. 19);

– не представлять прокурорам документы, содержащие сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих ОРД, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, за исключением случаев наличия на это письменного согласия указанных лиц или их привлечения к уголовной ответственности (ч. 2 ст. 21).

Некоторые иные полномочия органов, осуществляющих ОРД, сформулированы также в Федеральном законе «О полиции» и других законодательных актах России.

Таким образом, **полномочия** органов, осуществляющих ОРД, представляют собой *совокупность определенных законом прав и обязанностей, обеспечивающих эффективное решение данными органами задач ОРД.*

Круг отмеченных полномочий позволяет субъектам ОРД в пределах установленной для них компетенции обеспечивать борьбу с преступностью и, в конечном счете, охрану правопорядка.

Компетенция – круг вопросов, в которых кто-нибудь хорошо осведомлен; круг чьих-нибудь полномочий, прав.¹

Компетенция оперативных подразделений – *круг специфических полномочий (прав и обязанностей, закрепленных в законодательных и подзаконных актах), в пределах которых эти подразделения (их должностные лица) осуществляют деятельность по предупреждению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников и лиц, без вести пропавших, решают другие задачи ОРД.*

Традиционно различают четыре вида компетенции должностных лиц оперативных подразделений: уголовно-правовую, уголовно-процессуальную, административно-правовую и собственно оперативно-розыскную.

Уголовно-правовая компетенция – перечень преступлений, предупреждение и раскрытие которых возложено на оперативные подразделения (например, общеуголовные преступления – на уголовный розыск, в сфере экономики – на подразделения ЭБиПК и т.п.).

Уголовно-процессуальная компетенция – процессуальные полномочия сотрудников оперативных подразделений, которыми они наделены как представители органа дознания (например, осуществление неотложных следственных действий).

Административно-правовая компетенция – полномочия сотрудников оперативных подразделений, которыми они наделены как сотрудники полиции Федеральным законом «О полиции» и КоАП РФ (например, производить регистрацию, фотографирование, звукозапись, кино- и видеосъемку, дактилоскопирование лиц, подозреваемых в совершении преступлений, подвергнутых административному аресту, и пр.).

Оперативно-розыскная компетенция – полномочия оперативных подразделений, вытекающие из предписаний ФЗ об ОРД, положений

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 282.

иных законодательных и подзаконных актов, ориентированных на решение задач ОРД.

Таким образом:

1) право – совокупность установленных или санкционированных государством общеобязательных правил поведения (норм), соблюдение которых обеспечивается мерами государственного воздействия;

2) полномочия органов, осуществляющих ОРД, – совокупность определенных законом прав и обязанностей, обеспечивающих эффективное решение данными органами задач ОРД;

3) компетенция оперативных подразделений – круг специфических полномочий (прав и обязанностей, закрепленных в законодательных и подзаконных актах), в пределах которых эти подразделения (их должностные лица) осуществляют деятельность по предупреждению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников и лиц, без вести пропавших, решают другие задачи ОРД.

Что касается правотворческих проблем, то, недостаточно корректной, безусловно, является формулировка п. 1 ч. 1 анализируемой статьи. Исследование практики свидетельствует, что различные правоприменители в зависимости от преследуемых целей по-разному трактуют исследуемую норму. Одни из них (например, некоторые адвокаты) считают, что фраза «производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, а также прерывать предоставление услуг связи» относится к случаям возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Другие (сотрудники оперативных подразделений), понимая союз *а также* как разделительный (наподобие *или, либо, то..., то¹*), каковым он в действительности не является, полагают, что к таким случаям относится лишь прерывание предоставления услуг связи.

Кроме того, до внесения изменений в ФЗ об ОРД² практические действия подразделений по борьбе с экономическими преступлениями и коррупцией по изъятию документов, могущих свидетельствовать о противоправной деятельности, были сопряжены с определенными сложностями по «привязке» изымаемых документов³ к категориям «предметы, материалы, сообщения».

¹ Ахманова О.С. Словарь лингвистических терминов. М., 1966. С. 447.

² Редакция от 26.12.2008 № 293-ФЗ.

³ Дополнение формулировки первого абзаца п. 1 ч. 1 рассматриваемой статьи термином «документы» позволяет идентифицировать его согласно следующему определению: «...документ – материальный носитель с зафиксированной на нем в любой форме информацией в виде текста, звукозаписи, изображения и (или) их со-

Федеральным законом от 26.12.2008 № 293-ФЗ в п. 1. ч. 1 рассматриваемой статьи внесены следующие дополнения:

«В случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

Если при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий изымаются документы и (или) электронные носители информации, то изготавливаются копии документов, которые заверяются должностным лицом, изъявшим документы, и (или) по ходатайству законного владельца изъятых электронных носителей информации или обладателя содержащейся на них информации информация, содержащаяся на изъятых электронных носителях, копируется на другие электронные носители информации, предоставленные законным владельцем изъятых электронных носителей информации или обладателем содержащейся на них информации. Копии документов и (или) электронные носители информации, содержащие копии изъятой информации, передаются лицу, у которого были изъяты эти документы, и (или) законному владельцу изъятых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации, о чем делается запись в протоколе. В случае, если при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий невозможно изготовить копии документов и (или) скопировать информацию с электронных носителей информации или передать их одновременно с изъятием документов и (или) электронных носителей информации, указанное должностное лицо передает заверенные копии документов и (или) электронные носители информации, содержащие копии изъятой информации, лицу, у которого были изъяты эти документы, и (или) законному владельцу изъятых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации в течение пяти дней после изъятия, о чем делается запись в протоколе. При копировании документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях информации, должны обеспечиваться условия, исключающие возможность утраты или изменения документов и (или) информации. Не допускается копирование документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях информации, если это мо-

четания, который имеет реквизиты, позволяющие его идентифицировать, и предназначен для передачи во времени и в пространстве в целях общественного использования и хранения...». См. Об обязательном экземпляре документов : Федеральный закон от 29.12.1994 г. № 77-ФЗ.

жет воспрепятствовать осуществлению оперативно-розыскной деятельности.

В случае, если по истечении пяти дней после изъятия документов заверенные копии документов не были переданы лицу, у которого изъяты документы, заверенные копии документов в течение трех дней должны быть направлены по почте заказным почтовым отправлением, о чем делается запись в протоколе с указанием номера почтового отправления.

Копии документов направляются по адресу места нахождения юридического лица или адресу места жительства физического лица, указанному в протоколе».

Таким образом, первый из представленных в дополнении абзацев определяет, что при осуществлении изъятия документов, предметов, материалов, сообщений должностным лицом, осуществившим изъятие, составляется *протокол* в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. Трансформируя ст. 166 УПК РФ «Протокол следственного действия» в соответствии с предложенной законодателем задачей, мы получаем следующее.

1. Протокол следственного действия составляется в ходе *оперативно-розыскного мероприятия* или непосредственно после его окончания.

2. Протокол может быть написан от руки или изготовлен с помощью технических средств. При производстве *оперативно-розыскного мероприятия* могут также применяться стенографирование, фотографирование, киносъемка, аудио- и видеозапись. Стенограмма и стенографическая запись, фотографические негативы и снимки, материалы аудио- и видеозаписи хранятся при *материалах оперативной проверки*.

3. В протоколе указываются:

1) место и дата производства *оперативно-розыскного мероприятия*, время его начала и окончания с точностью до минуты;

2) должность, фамилия и инициалы лица, составившего протокол;

3) фамилия, имя и отчество каждого лица, участвовавшего в *оперативно-розыскном мероприятии*, а в необходимых случаях – его адрес и другие данные об его личности.

4. В протоколе описываются действия в том порядке, в каком они производились, выявленные при их производстве существенные для данной *оперативной проверки* обстоятельства, а также излагаются заявления лиц, участвовавших в *оперативно-розыскном мероприятии*.

5. В протоколе должны быть указаны также технические средства, примененные при производстве *оперативно-розыскного мероприятия*, условия и порядок их использования, объекты, к которым эти средства

были применены, и полученные результаты. В протоколе должно быть отмечено, что лица, участвующие в *оперативно-розыскном мероприятии*, были заранее предупреждены о применении при производстве *оперативно-розыскного мероприятия* технических средств.

6. Протокол предъявляется для ознакомления всем лицам, участвовавшим в *оперативно-розыскном мероприятии*. При этом указанным лицам разъясняется их право делать подлежащие внесению в протокол замечания об его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены этими лицами и удостоверены их подписями.

7. Протокол подписывается *сотрудником оперативного подразделения* и лицами, участвовавшими в *оперативно-розыскном мероприятии*.

8. К протоколу прилагаются фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов, выполненные при производстве *оперативно-розыскного мероприятия*.

9. При необходимости обеспечить безопасность участников *оперативно-розыскного мероприятия* *сотрудник оперативного подразделения* вправе в протоколе *оперативно-розыскного мероприятия*, в котором участвуют *эти лица*, не приводить данные об их личности. В этом случае *сотрудник оперативного подразделения* с согласия руководителя органа, *уполномоченного на осуществление оперативно-розыскной деятельности*, выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника *оперативно-розыскного мероприятия* и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах *оперативно-розыскных мероприятий*, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого печатывается и приобщается к *материалам оперативной проверки*. В случаях, не терпящих отлагательства, указанные действия могут быть произведены на основании постановления *сотрудника оперативного подразделения* о сохранении в тайне данных о личности участника *оперативно-розыскного мероприятия* без получения согласия руководителя органа, *уполномоченного на осуществление оперативно-розыскной деятельности*. В данном случае постановление *сотрудника оперативного подразделения* передается *указанному* руководителю для проверки его законности и обоснованности незамедлительно при появлении для этого реальной возможности.

10. Протокол должен также содержать удостоверенную подписями участников *оперативно-розыскного мероприятия* запись о разъяснении

им в соответствии с ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и УПК РФ прав, обязанностей, ответственности и порядка производства *оперативно-розыскного мероприятия*.

Содержащееся в третьем абзаце п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД предписание, хоть и чрезвычайно объемно, но, на первый взгляд, юридически выдержано и логично. Однако существующая оперативно-розыскная практика выявляет в нем огромный недостаток. Дело в том, что оперативные подразделения по борьбе с экономическими и налоговыми преступлениями для производства документальных проверок с целью установления признаков преступления единовременно изымают сотни и тысячи таких документов. Поэтому изготовление с них копий в ходе оперативно-розыскного мероприятия, да и после него представляется большой, а иногда и практически неразрешимой проблемой. Действительно, с одной стороны, представляется сомнительным, что на каждое оперативно-розыскное мероприятие, связанное с возможным изъятием документов, сотрудники оперативных подразделений будут приносить множительную технику и кипы бумаги, с другой – не менее сомнительной выглядит ситуация, при которой проверяемая сторона добровольно предоставит проверяющей стороне копировальную технику и бумагу. Более того, при таком количестве изымаемых документов для их копирования нужен не один современный высокоскоростной и продуктивный копировальный аппарат (а в случае отказа противной стороной в предоставлении электричества, то и генератор).

Реальные сроки проверки таких документов даже при сверхэффективном использовании людских ресурсов и рабочего времени растягиваются на месяцы.

Более того, учитывая отсутствие у сотрудников оперативных подразделений технических помощников (секретарей и т.п.), они вместо осуществления оперативной работы должны будут заниматься копированием и заверением изъятых документов, что при их количестве будет исчисляться даже не сутками, а неделями. К этой проблеме следует прибавить отсутствие в этих подразделениях скоростных копиров и достаточного количества бумаги.

Следовательно, анализируемое предписание априори будет нарушаться сотрудниками оперативных подразделений, что создаст стороне защиты в будущем серьезные предпосылки для опровержения законности действий стороны обвинения, а надзирающим прокурорам – для тиражирования протестов и представлений о нарушении закона со стороны органов, осуществляющих ОРД.

Четвертый и пятый абзацы п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД также создают проблемы правоприменителю.

Анализ данных предписаний еще раз убеждает, что коль скоро проблемой для оперативных подразделений вообще является массовое копирование изымаемых документов, то их последующее заверение и отправка заказным почтовым отправлением никоим образом не упрощает ситуацию, речь идет не столько о временном интервале, необходимом для выполнения этой работы, сколько о возможности (а скорее – невозможности) использования бюджета органа внутренних дел для осуществления почтовых отправлений, поскольку на эти цели денежные средства не предусмотрены.

Выход из сложившейся правовой ситуации мы видим в изменении законодательных предписаний следующим образом. На наш взгляд, необходимо оставить имеющееся положение относительно документов, относящихся к действующему отчетному периоду (т.е. требующихся для оперативного управления и принятия решений). В отношении документов прошлых периодов (находящихся на архивном хранении) норму о необходимости их копирования исключить из п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД.

Следующей проблемой выступает норма, закрепленная в п. 2 ч. 1 рассматриваемой статьи. Дело в том, что анализируемая формулировка противоречит ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД, поскольку она предоставляет право сотрудникам оперативных подразделений «устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие *на конфиденциальной основе* органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность». Однако в ст. 17 предоставляется право устанавливать такие отношения *как на конфиденциальной, так и гласной основе*. Для устранения отмеченного пробела следует в рассматриваемую норму поместить соответствующее дозволение.

К категории недостатков можно отнести и формулировку п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, которая предоставляет право оперативным подразделениям «использовать в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий *по договору или устному соглашению* служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц». Проблема состоит в том, что гражданское право рассматривает договор как юридический акт, оформляемый в устной или письменной форме. Отсюда следует, что законодатель при проведении ОРМ предлагает использовать перечисленные объекты по письменному договору или устному соглашению (которое также является формой договора). Для устранения отмеченной неточности представляется достаточным в исследуемую формулировку включить фразу «по письменному или устному соглашению».

В связи с этим (и уже отмечавшимися выше потребностями практики в корректном изменении законодательного регулирования ОРД) в авторском проекте ФЗ об ОРД¹ ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД претерпела существенные изменения.

Ниже мы представим положения ее ч. 1 (в авторском варианте), а затем дадим им краткую характеристику.

1. Органы и должностные лица, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, имеют право:

1.1. Проводить гласно и негласно оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия, производить при их осуществлении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений (в том числе находящихся на электронных носителях).

1.1.1. В случае изъятия документов, предметов, материалов и сообщений при проведении гласных оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

1.1.2. При возникновении угрозы ухудшения оперативно-хозяйственной деятельности юридического лица в связи с изъятием у него документов по требованию его полномочного представителя с них правоохранительным органом, осуществившим изъятие, изготавливаются копии и в течение 10 суток с момента изъятия передаются представителю юридического лица оговоренным с ним правомерным способом.

1.1.3. По требованию физического лица, у которого были изъяты документы, правоохранительный орган, осуществивший изъятие, изготавливает и передает ему их копии в течение 10 суток оговоренным с ним правомерным способом.

1.1.4. В случае изъятия большого количества документов копии изготавливаются лишь с тех из них, отсутствие которых может отрицательно повлиять на оперативно-хозяйственную деятельность юридического лица или жизнедеятельность физического лица.

1.2. Приостанавливать предоставление услуг связи при возникновении непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

1.3. Привлекать к решению задач оперативно-розыскной деятельности отдельных лиц на гласной или негласной основе, безвозмездно

¹ Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» : проект.

либо с выплатой вознаграждения, с заключением контракта или без такового.

1.4. Использовать для решения задач оперативно-розыскной деятельности по устному или письменному соглашению служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц.

1.5. Изготавливать и использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

1.6. Использовать в решении задач оперативно-розыскной деятельности изъятые из оборота либо ограниченно оборотоспособные объекты гражданских прав.

1.7. Создавать в установленном законодательством Российской Федерации порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

1.8. Обеспечивать контроль финансовых потоков и сделок, имеющих признаки криминальной противоправности.

1.9. В соответствии со ст. 15, 18-24 ФЗ «О полиции» в необходимых случаях осуществлять вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории¹, применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие.

Как видно из текста проекта, пять сформулированных в ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД прав трансформировались в девять. Частично это произошло в связи с разделением имеющихся в статье конструкций для более четкого их осознания и удобного применения. Иные формулировки расширили права органов, осуществляющих ОРД, и их должностных лиц.

В любом случае конструкция статьи проекта закона, предоставляющей права органам, осуществляющим ОРД, и их должностным лицам, стала более понятной и легче применимой. А теперь по существу сформулированных предписаний.

¹ См. об этом: Шашин Д.Г. Коршунов А.В. Гласное обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств: некоторые проблемы правового регулирования и проведения // Оперативник (сыщик). 2016. № 2 (47). С. 25-28.

П. 1.1 п. 1 ч. 1 авторской редакции статьи в основном охватывает нормы, содержащиеся в аналогичном пункте ч. 1 ст. 15 действующей редакции ФЗ об ОРД, но в связи с разделением на подпункты более «читаем» и поэтому более понятен правоприменителю. Так, в нем сформулированы два права оперативных подразделений; 1) проводить гласно и негласно оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия; 2) производить при их осуществлении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

Следует отметить появление в первой из представленных конструкций термина «иные мероприятия». К ним автор относит любую совокупность правомерных действий, не отраженную в перечне оперативно-розыскных мероприятий, но соответствующую определенным в законе условиям и направленная на решение задач ОРД.¹ Оперативно-розыскная практика убедительно свидетельствует, что сотрудники оперативных подразделений практически ежедневно сталкиваются с необходимостью осуществлять те или иные действия, не предусмотренные ФЗ об ОРД: задержания лиц, заподозренных в преступной деятельности, их досмотр, изъятия оперативно значимых предметов и документов, доставление в правоохранительный орган, засады и т.п. Поэтому включение в закон иных мероприятий позволит не только отнести их к правомерным, но и избежать значительного количества жалоб на действия сыщиков.

Затем в четырех разделах рассматриваемого подпункта формулируются правила изъятия при проведении ОРМ документов, предметов, материалов и сообщений. При этом особое внимание обращается на условия изъятия, копирования и передачи правообладателю копий изъятых документов.

На наш взгляд, (и мы это отражали неоднократно в различных работах, публикуемых в печатных изданиях)² существующая в законе конструкция, описывающая возможность изготовления копий с изымаемых

¹ Железняк Н.С. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: проект. С. 8.

² См., напр.: Железняк Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств // Оперативник (сыщик). 2010. № 3 (24). С.24-29; Железняк Н.С. О недостатках проекта инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия «обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (взгляд второй) // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. 2010. № 3 (7). С.11-15.

документов, при документировании экономических и налоговых преступлений ни по процедуре, ни по указанным в ней срокам не работает, т.к. не позволяет сотрудникам оперативных подразделений выполнять ее в полной мере.

В связи с этим возникла насущная необходимость спроектировать более удобную, понятную и, главное, реально выполнимую последовательность действий сотрудников оперативного подразделения, которая и представлена в пп. 1.1.1-1.1.4.

В формулировании права на «прерывание» предоставления услуг связи..., также содержащегося в п. 1 ч. 1 ст. 15 действующего закона, изменено лишь одно слово – вместо термина «прерывание» использован «приостановление». Сделано это не случайно. Нам представляется, что слово «прерывать» означает прекращать какой-либо процесс¹, а «приостанавливать» – останавливать на какое-либо время². Учитывая, что ограничение предоставления услуг связи – мера временная, оно вполне сочетается с предложенным нами термином «приостановление».

Право на использование помощи населения в решении задач ОРД также претерпело изменения в п. 1.3 авторского проекта. В этом предписании сформулирована не только возможность привлекать к содействию в решении задач ОРД представителей общественности на гласной или негласной основе, но и отмечены различные варианты такого содействия: безвозмездно либо с выплатой вознаграждения, с заключением контракта или без такового. В действующей же редакции представленные выше условия содействия «разбросаны» по различным статьям: так, контрактная или бесконтрактная основа содействия упомянута в ст. 17, выплата вознаграждения – в ст. 18 и, частично, в 19 ФЗ об ОРД.

Право на использование для решения задач ОРД служебных помещений, имущества предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилых и нежилых помещений, транспортных средств и иного имущества частных лиц в авторской редакции тоже несколько скорректировано по сравнению с предписанием действующего закона. В частности, вместо слов «по договору или устному соглашению» применено словосочетание «по устному или письменному соглашению». Проблема состоит в том, что гражданское право рассматривает договор как юридический акт, оформляемый в любой форме: устной, письменной,

¹ Прерывать – останавливать, задерживать, прекращать. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. М. : Рус. яз., 1999. Т. 3 : П. С. 395.

² Приостанавливать – останавливать на некоторое время. Ефремова Н.Ю. Новый словарь русского языка, толково-словообразовательный. Т. 2 : П-Я. С. 313.

электронной¹. Отсюда следует, что законодатель при проведении ОРМ предлагает использовать перечисленные объекты по письменному договору или устному соглашению (которое также является формой договора). Для устранения отмеченной неточности представляется достаточным исследуемую формулировку преобразовать указанным нами образом.

Формулировка права, отмеченного в ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД под п. 4 нами оставлена почти без изменения. Просто она предварена словосочетанием «изготавливать и». Действительно, представляется странным предоставленная законодателем возможность «использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе», без объяснения источника получения таких документов. Указание же на «возможность изготавливать и использовать» указанные объекты расставляет все точки над «i» и не вызывает вопросов у потребителя.

В пп. 1.6 авторского проекта закона сформулировано новое, ранее не звучавшее в законе, право оперативных подразделений на использование в решении задач ОРД изъятых из оборота либо ограниченно оборотоспособных объектов гражданских прав. Многолетняя практика борьбы с организованной преступностью и наиболее опасными насильственными преступлениями, противодействия наркоугрозе свидетельствует о необходимости использования в ОРД изъятого и иного оружия, изъятых наркотиков и т.п. Включение этой нормы в закон и конкретизация процедур в подзаконных нормативных правовых актах ведомственного характера – не прихоть представителей сыскной профессии, а насущная необходимость².

Подпункт 1.7 авторского проекта сформулирован очень близко к редакции п. 5 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД и, по сути, не имеет от него отличий.

Вместе с тем два последних положения прав оперативных подразделений, отраженных в авторском проекте закона, являются новыми в регламентации прав органов, осуществляющих ОРД.

В частности, право на обеспечение контроля финансовых потоков и сделок, имеющих признаки криминальной противоправности, позво-

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Ст. 434.

² По достоверным данным, в ближайшее время МВД РФ инициирует подготовку нормативных правовых актов, регулирующих порядок использования оружия и наркотиков в ОРД.

ляет сыщикам осуществлять противодействие с подавляющим большинством преступлений экономической направленности и, самое главное – с коррупцией¹.

Подпункт 1.9 сформулирован следующим образом: «В соответствии со ст. 15, 18-24 ФЗ «О полиции» в необходимых случаях осуществлять вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории, применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие». Это право (наряду с еще некоторыми новеллами проекта закона) устраняет существующую сегодня проблему применения в ОРД принудительных процедур (задержания, досмотра, доставления, проникновения на объекты и т.д.)² и ставит оперативно-розыскной процесс (в смысле законодательного регулирования) в один ряд с уголовно-процессуальной и административно-процессуальной деятельностью³.

Краткая характеристика норм, регулирующих права органов, осуществляющих ОРД, позволяет сделать следующие выводы:

- сформулированные в ст. 15 ФЗ об ОРД предписания, описывающие полномочия оперативных подразделений и их должностных лиц, не позволяют осуществлять ОРД целесообразно и эффективно;

- авторская редакция рассматриваемой статьи устраняет большинство недостатков в регулировании прав оперативных подразделений и их должностных лиц, предоставляет им более широкие и необходимые на практике полномочия;

- активная работа по изменению оперативно-розыскного законодательства создает предпосылки для совершенствования ОРД, придает ей исключительно правовой характер, обеспечивает более высокое качество защиты прав и свобод граждан в сфере уголовной юстиции.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

¹ См. об этом: Шахматов А.В., Родичев М.Л. К вопросу о предоставлении органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, полномочий по временному запрещению совершения финансовых операций и сделок с имуществом, приобретенным преступным путем // Оперативник (сыщик). 2016. № 1 (46). С.16-20.

² См. об этом: Налбандян Р.Г., Спасенников Б.А. Принуждение при проведении оперативно-розыскных мероприятий подразделениями ФСИН России // Оперативник (сыщик). 2016. № 2 (47). С.16-18.

³ Чумаров С.А. О правовой форме принудительных процедур, применяемых при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). 2015. № 3 (44). С. 44-48.

Статья 7. Права органов и должностных лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

1. Органы и должностные лица, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, имеют право:

1.1. Проводить гласно и негласно оперативно-розыскные и иные оперативные мероприятия, производить при их осуществлении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

1.1.1. В случае изъятия документов, предметов, материалов и сообщений при проведении гласных оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

1.1.2. При возникновении угрозы ухудшения оперативно-хозяйственной деятельности юридического лица в связи с изъятием у него документов по требованию его полномочного представителя с них правоохранительным органом, осуществившим изъятие, изготавливаются копии и в течение 10 суток с момента изъятия передаются представителю юридического лица оговоренным с ним правомерным способом.

1.1.3. По требованию физического лица, у которого были изъяты документы, правоохранительный орган, осуществивший изъятие, изготавливает и передает ему их копии в течение 10 суток оговоренным с ним правомерным способом.

1.1.4. В случае изъятия большого количества документов копии изготавливаются лишь с тех из них, отсутствие которых может отрицательно повлиять на оперативно-хозяйственную деятельность юридического лица или жизнедеятельность физического лица.

1.2. Приостанавливать предоставление услуг связи при возникновении непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государ-

ственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

1.3. Привлекать к решению задач оперативно-розыскной деятельности отдельных лиц на гласной или негласной основе, безвозмездно либо с выплатой вознаграждения, с заключением контракта или без такового.

1.4. Использовать для решения задач оперативно-розыскной деятельности по устному или письменному соглашению служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц.

1.5. Изготавливать и использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе.

1.6. Использовать в решении задач оперативно-розыскной деятельности изъятые из оборота либо ограниченно оборотоспособные объекты гражданских прав.

1.7. Создавать в установленном законодательством Российской Федерации порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

1.8. Обеспечивать контроль финансовых потоков и сделок, имеющих признаки криминальной противоправности.

1.9. В соответствии со ст. 15, 18-24 ФЗ «О полиции» в необходимых случаях осуществлять вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории, при-

менять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие.

2. Законные требования должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обязательны для исполнения физическими и юридическими лицами, к которым такие требования предъявлены.

3. Неисполнение законных требований должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, либо воспрепятствование ее законному осуществлению влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации.

Статья 16. Социальная и правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

На должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, распространяются гарантии социальной и правовой защиты сотрудников тех органов, в штаты которых указанные лица входят.

Никто не вправе вмешиваться в законные действия должностных лиц и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, за исключением лиц, прямо уполномоченных на то федеральным законом.

Должностное лицо, уполномоченное на осуществление ОРД, в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий подчиняется только непосредственному и прямому начальнику. При получении приказа или указания, противоречащего закону, указанное должностное лицо обязано руководствоваться законом.

При защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга.

Время выполнения должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, специальных заданий в организованных преступных группах, а также время их службы в должностях штатных негласных сотрудников указанных органов, подлежит зачету в выслугу лет для назначения пенсии в льготном исчислении в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации.

Органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления вправе устанавливать дополнительные виды социальной защиты для должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Меры социальной защиты рассматриваемых лиц определены в соответствующих законах Российской Федерации («Об органах Федеральной службы безопасности», «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», «О полиции» и т.п.) и ведомственных

нормативных правовых актах (например, выплата из средств соответствующего бюджета семье погибшего при исполнении служебных обязанностей сотрудника и лицам, находящимся на его иждивении, единовременного пособия в размере десятилетнего денежного содержания и т.д.).

Нормы, относящиеся к правовой защите этих лиц, содержатся в различных отраслях права (например, ст.317, 319, 320 УК РФ и др.).

К специальным мерам правовой защиты должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, следует отнести положения Федерального закона «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов», согласно ст. 5 которого для обеспечения безопасности могут применяться:

- личная охрана, охрана жилища и имущества;
- выдача оружия, специальных средств индивидуальной защиты и оповещения об опасности;
- временное помещение в безопасное место;
- обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемых лицах;
- перевод на иную работу; переселение на другое место жительства;
- замена документов;
- изменение внешности.

Анализируя положения статьи, следует отметить вызывающие вопросы предписания ч. 2 и 3, согласно которым, с одной стороны, «никто не вправе вмешиваться в законные действия должностных лиц и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, за исключением лиц, прямо уполномоченных на то федеральным законом», с другой – «должностное лицо, уполномоченное на осуществление оперативно-розыскной деятельности, в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий подчиняется только непосредственному и прямому начальнику. При получении приказа или указания, противоречащего закону, указанное должностное лицо обязано руководствоваться законом».

При этом возникает серьезная этическая проблема. В российской должностной иерархии существует система прямого и непосредственного подчинения, а проведение в рамках ОРД многих действий должно санкционироваться руководителями, уполномоченными на осуществление ОРД. Это санкционирование отдельных ОРМ, осуществления оперативных проверок и заведения дел оперативного учета, подписание различных запросов, карточек, писем и информации, ходатайств перед судебными органами, визирование иных документов и т.п. Поэтому

роль руководителей в повседневной деятельности сотрудников оперативных подразделений чрезвычайно высока.

Однако, как отмечено в ч. 3 рассматриваемой статьи, «при получении приказа или указания, противоречащего закону, упомянутое должностное лицо обязано руководствоваться законом». И вроде бы здесь нет противоречия, ведь принцип законности является одним из приоритетных в правоохранительной деятельности. Вместе с тем от руководителя во многом зависит благополучие и стабильность жизни подчиненного (установление различных надбавок к окладу, премирование, иные поощрения и т.п.). Поэтому, к сожалению, еще нередки случаи совершения сыщиками противоправных действий с молчаливого попустительства или прямого указания их начальников (десятилетиями одним из типичных нарушений в органах внутренних дел являлось укрытие преступлений от учета).

Кроме того, норма, сформулированная в ч. 3 рассматриваемой статьи, нуждается в незначительной корректировке, основанной на правилах русского языка. Раз в ней указаны два начальника (прямой и непосредственный), значит, вместо термина «начальнику» следует употребить множественное число «начальникам».

Несомненный интерес представляет положение, заключенное в ч. 4 рассматриваемой статьи. Закон допускает совершение сотрудниками оперативных подразделений и лицами, оказывающими содействие органам, осуществляющим ОРД, действий, объективно являющихся общественно опасными. Это может быть причинение морального, материального и физического вреда правонарушителю применением в предусмотренных законом случаях физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия, если причиненный вред соразмерен силе оказываемого противодействия (ст. 18-24 ФЗ «О полиции»), лишение жизни лица, совершающего террористический акт, а также причинение вреда здоровью или имуществу такого лица либо иным охраняемым законом интересам личности, общества или государства (ст. 22 Федерального закона «О противодействии терроризму») и др. Следует заметить, что названные установления адекватны положениям главы 8 «Обстоятельства, исключаящие преступность деяния» УК РФ.

От действий, допускающих вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам, следует отличать действия сотрудников оперативных подразделений и содействующих им лиц по *имитации преступной деятельности*. Аксиоматичным считается, что такие действия заключаются в демонстрации наркотиков и орудий преступления (отмычек, оружия), продаже вещей и т.п., а поэтому не нарушают охраняемых законом прав и интересов личности, общества и государства.

Нетрадиционная оценка данной проблемы и путей ее решения позволяет судить, что **имитация преступных действий** представляет собой *осуществление лицом с ведома и под контролем компетентных органов поступков, максимально достоверно изображающих преступные действия, а в необходимых случаях (предположительно, с разрешения судьи) им соответствующих в целях завоевания доверия и авторитета в преступной среде, внедрения в нее для решения задач ОРД.*

Анализ оперативно-розыскной практики свидетельствует о наличии серьезного противоборства между сотрудниками оперативных подразделений, выполняющими поставленные перед ними задачи по борьбе с преступностью, и лицами, превратившими свои умения и навыки в криминальный бизнес, преследуемый государством. На первый взгляд, представляется, что в этом противостоянии победа будет за государством, поскольку оно преследует позитивные цели (по большому счету, защищает жизнь, здоровье человека и благосостояние общества в целом) и действует на основании закона; преступники же (особенно наркопреступники), напротив, не пользуются авторитетом у подавляющей части общества и занимаются явно нелегальным бизнесом.

Опуская этические оценки деятельности указанных сторон, сосредоточим наше внимание на том, что осложняет работу представителей российского государства и, наоборот, облегчает преступный промысел. Как это ни покажется странным, проблемы в борьбе с преступностью напрямую связаны с законодательным регулированием антикриминальной работы.

Например, криминальная полиция отдельных государств (в частности, США)¹, применяет нормы, в рамках которых внедренное в преступную группу лицо в определенных оперативно-розыскных целях совершает с разрешения и под контролем правоохранительных органов действия, по формальным основаниям подпадающие под понятие преступных, но в связи с санкционированием их осуществления государством не являющиеся таковыми.

Использование осведомителей при проведении любых ОРМ регламентируется Инструктивным письмом Генерального атторнея США

¹ Об этом, напр.: Смирнов М.П. Полиция зарубежных стран и ее оперативно-розыскная деятельность / под ред. проф. Е.В. Токарева. М.: Академия МВД России, 1995. С. 17; Сурков К.В. Законодательство об оперативно-розыскной деятельности в России, Германии и США (сравнительно-правовой анализ) // Использование зарубежного опыта в деятельности органов внутренних дел Российской Федерации. СПб: Юридический институт МВД России, 1995. Ч. 3. С. 167-174; Геснер Р., Херцог У. За фасадом права (методы тайной полиции). М.: Юридическая литература, 1990. С. 51-63.

от 15.12.1976. В нем, в частности, отмечается: «При ознакомлении с заданием¹ сотрудник ФБР обязан проинструктировать осведомителя о том, что в ходе выполнения задания ему запрещается принимать участие в актах насилия, прибегать к незаконным методам получения информации (к таким, например, как тайное проникновение в помещение, прослушивание с помощью электронных средств, перлюстрация писем), проявлять инициативу в планировании преступления, принимать участие в противозаконной деятельности лиц, в отношении которых проводится расследование, за исключением тех случаев, когда ФБР определит, что такое участие необходимо для получения информации, требуемой для привлечения этих лиц к уголовной ответственности»².

Ранжирование запретительных позиций позволяет судить, что лицо, внедренное в преступную группу в США, при выполнении заданий не может:

- принимать участие в актах насилия. Безусловно, насилие противоречит целям, провозглашенным Конституцией США, закрепленным в ней правам и свободам граждан;

- прибегать к незаконным методам получения информации. Такое правило распространяется, как представляется, не только на конфиденотов, но и на официальных представителей полицейских структур;

- проявлять инициативу в планировании преступления. Речь, видимо, идет об инициации преступных действий, провокации их осуществления;

- принимать участие в противозаконной деятельности лиц, в отношении которых проводится расследование, за исключением тех случаев, когда ФБР определит, что такое участие необходимо для получения информации, требуемой для привлечения этих лиц к уголовной ответственности. Естественно, что осуществление преступных действий запрещено законом. Это требование распространяется на всех граждан, в том числе и на лиц, внедренных в преступные группы. Вместе с тем, исключение, зафиксированное в данном положении, позволяет полиции

¹ В рассматриваемом Инструктивном письме подтверждается законность использования осведомителей при проведении любых ОРМ, однако указывается на допустимость этого только в тех случаях, когда ФБР официально уполномочено провести расследование, а такое использование не приведет к нарушениям закона и конституционных прав граждан. При этом осведомители не могут быть уполномочены на такие действия, выполнение которых согласно закону или ведомственным инструкциям могло бы быть возложено на самих оперативных сотрудников ФБР. См.: Регламентация использования осведомителей (агентов) : инструктивное письмо Генерального атторнея США от 15.12.1976. Вашингтон, 1977. С. 2.

² Инструктивное письмо. С. 3.

вполне легитимно вести борьбу с опасными преступлениями и лицами, их подготавливающими и совершающими, посредством проникновения в представляющую оперативный интерес среду. Такое проникновение достигается вхождением в доверие, созданием собственного преступного авторитета путем совершения «санкционированных» свыше криминальных действий.

Вышеперечисленные позиции, представляется, вполне вписываются в морально-этическую характеристику ОРД в нашей стране и, поэтому, могут быть использованы законодателем и, в последующем, практиками как один из нетрадиционных, но наиболее эффективных вариантов, обеспечивающих внедрение в преступную среду с целью решения задач ОРД¹.

Безусловно, при этом речь должна идти:

– во-первых, о позитивности цели, которой с помощью внедренного лица предполагает достигнуть орган, осуществляющий ОРД, при совершении имитационных действий, формально подпадающих под признаки преступных;

во-вторых, о вынужденном характере совершения имитационного мероприятия² (т.е. отсутствии иных возможностей для достижения оперативно значимого результата);

в-третьих, об определении рамок таких действий, ограничивающих степень серьезности наступления вредных последствий, сопоставимости причиненного вреда достигнутым оперативным результатам³;

в-четвертых, о запрете на совершение насильственных имитационных мероприятий, а также таких действий, имеющих необратимые последствия;

в-пятых, о запрете действий, провоцирующих иных лиц на совершение преступлений;

в-шестых, о статусе и уровне должностного лица, санкционирующего совершение имитационного мероприятия внедренным в преступную группу;

в-седьмых, о процедуре санкционирования и требуемых для этого документах.

¹ См. подр.: Железняк Н.С. Содействие граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел : дис. ... докт. юрид. наук. М.: Академия управления МВД России, 2002.

² Мы полагаем, что имитация преступных действий является одной из разновидностей ОРМ (хотя и не закрепленной в ст. 6 ФЗ об ОРД).

³ См.: Селиверстов С.А. Нелегальная разведка милиции : монография. М., 2000. С. 170.

Интересен в этом смысле опыт использования правоохранительными органами Италии в борьбе с организованной преступностью так называемых агентов-provokatorов.

Анализ имеющейся информации дает основания сделать вывод о том, что заметный сдвиг в борьбе с организованной преступностью в Италии, произошедший в последнее время, во многом был достигнут благодаря хорошо налаженной работе по внедрению в криминальные структуры сотрудников правоохранительных органов и содействующих им лиц. По инициативе МВД и Финансовой гвардии Италии в уголовно-процессуальный кодекс была включена ст. 424, вводящая в оперативную практику понятие «агент-provokator»¹ и определяющая круг его возможных действий, в том числе и содержащих признаки преступлений, которые он может совершать в процессе выполнения заданий правоохранительных органов. В этой статье прямо указывается, что итальянские правоохранительные органы в целях получения доказательственной базы в отношении руководителей и активных членов мафиозных структур имеют право использовать таких агентов. При этом основная цель и мотивация их действий направлена на создание необходимых и достаточных условий для привлечения криминального авторитета к ответственности, а не на достижение преступного результата.

Итальянские эксперты считают, что юридическая природа возможных действий внедряемого лица может принимать различные формы, в том числе, материальное соучастие в совершении преступления.

В соответствии с УПК Италии устанавливается следующий перечень оснований, освобождающих внедренное лицо от ответственности за совершенные преступления: наличие письменной санкции руководства оперативного подразделения на совершение этих действий, вспомогательный характер действий, а также отсутствие у него умысла на совершение преступления.

Вместе с тем уголовный кодекс Италии (ст.50) предусматривает также и уголовную ответственность как для внедряемых лиц, так и для руководящих ими сотрудников, за совершение следующих видов преступлений: убийства, террористические акты и другие особо тяжкие преступления, независимо от их мотивации².

¹ Под агентом-provokatorом понимается оперативный сотрудник, действующий под определенной легендой с использованием соответствующих документов прикрытия.

² Подр.: Информационное сообщение о правовых основаниях и опыте использования правоохранительными органами Италии так называемых агентов-provokatorов в борьбе с организованной преступностью. М., 1997.

Иной путь избрали в Республике Беларусь. В частности, глава 6 УК РБ среди обстоятельств, исключающих преступность деяния, в ст. 38 УК РБ «Пребывание среди участников преступления по специальному заданию» фиксирует следующее: «1. Не подлежит уголовной ответственности лицо, которое, выполняя в соответствии с действующим законодательством специальное задание по предупреждению или раскрытию преступления и действуя с другими его участниками, вынужденно совершает преступление. 2. Правила части первой настоящей статьи не применяются к лицу, совершившему особо тяжкое или тяжкое преступление, связанное с посягательством на жизнь и здоровье человека»¹.

В российском ФЗ об ОРД также сформулированы две нормы, имеющие прямое отношение к данному исследованию.

Во-первых, в ч. 4 ст. 16 имеется положение, согласно которому «при защите жизни и здоровья граждан, их конституционных прав и законных интересов, а также для обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств допускается вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, совершаемое при правомерном выполнении указанным лицом своего служебного или общественного долга».

С одной стороны, в норме указаны два субъекта вынужденного причинения вреда – должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (далее – ОРД), и лицо, оказывающее ему содействие. Понятно, что к категориям указанных должностных лиц относятся руководители органа, осуществляющего ОРД, руководители оперативного подразделения и подчиненные им сотрудники. Что касается субъектов, оказывающих содействие органам, осуществляющим ОРД, то к ним могут относиться любые лица, предоставляющие такую помощь как на гласной, так и на конфиденциальной основе, с заключением контракта или без такового, с определенной оплатой услуг или на безвозмездной основе. Вместе с тем представляется очевидным, что сама представленная норма без ее конкретизации в положениях УК РФ работать не может.

Во-вторых, ч. 4 ст. 18 содержит следующее предписание: «Лицо из числа членов преступной группы, совершившее противоправное деяние, не повлекшее тяжких последствий, и привлеченное к сотрудничеству с органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, актив-

¹ Уголовный кодекс Республики Беларусь. Мн.: Национальный центр правовой информации Республики Беларусь, 1999.

но способствовавшее раскрытию преступлений, возместившее нанесенный ущерб или иным образом загладившее причиненный вред, освобождается от уголовной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации». И эта норма ФЗ об ОРД, как и охарактеризованная выше, без ее конкретизации в УК РФ представляется лишь декларацией.

Вполне понятное отсутствие в ФЗ об ОРД перечня правоохраняемых интересов, в отношении которых допускается вынужденное причинение вреда, вызывает необходимость их фиксации в виде норм, допускающих компромисс, в соответствующем отраслевом законодательстве, а в нашем случае – в УК РФ.

Действительно, вынужденное причинение вреда правоохраняемым интересам охватывается рядом диспозиций статей, объединенных в главу 8 УК РФ «Обстоятельства, исключаящие преступность деяния» (ст. 37 «Необходимая оборона», ст. 38 «Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление», ст. 39 «Крайняя необходимость», ст. 40 «Физическое или психическое принуждение», ст. 41 «Обоснованный риск», ст. 42 «Исполнение приказа или распоряжения»).

Изучение в этом смысле трудов ученых в области теории уголовного права¹ позволило нам исследовать рассматриваемую проблему с уголовно-правовых позиций.

Например, в работах Х.Д. Аликперова² анализируется возможность использования норм, допускающих компромисс между лицом, совершившим преступление, и правоохранительной системой, представляющей интересы общества и государства. Под ними (нормами – Н.Ж.) он понимает нормы, в которых лицу, совершившему преступление, гарантируется освобождение от уголовной ответственности или смягчение наказания в обмен на совершение таким лицом поступков, определенных в законе и обеспечивающих реализацию основных задач уголовно-правовой борьбы с преступностью³.

Нормы, допускающие компромисс, автор подразделяет на нормы:

¹ Напр.: Киреев М.П. Кириллов И.А., Ноговицын А.И. Проблемы освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием и смягчения наказания в борьбе с терроризмом // Следователь, 1999. № 7. С. 21-23.

² Аликперов Х.Д. Проблемы допустимости компромисса в борьбе с преступностью : дис. ... докт. юрид. наук. М., 1992; Аликперов Х.Д. Преступность и компромисс. Баку: Элм, 1992.

³ Аликперов Х.Д. Понятие норм уголовного законодательства, допускающих компромисс в борьбе с преступностью. Баку: Элм, 1992. С. 62.

с фиксированными пределами уступок¹;
с нефиксированными пределами уступок.

К первым (с учетом мотивации, побудившей виновного к совершению преступления) относят:

- а) крайнюю необходимость;
- б) обоснованный риск.

Ко вторым – нормы:

- а) о предотвращении виновным вредных последствий совершенного преступления;
- б) о добровольном возмещении нанесенного ущерба;
- в) об устранении причиненного вреда;
- г) о чистосердечном раскаянии;
- д) о явке с повинной;
- е) об активном способствовании раскрытию преступления².

Поскольку под активным способствованием раскрытию преступления (формулировкой, наиболее близкой ОРД по духу) закон подразумевает определенное посткриминальное поведение субъекта, постольку максимально отвечающей нашей цели представляется первая группа норм, включающая крайнюю необходимость и обоснованный риск.

1. Крайняя необходимость.

В соответствии с данным институтом уголовного права «не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в состоянии крайней необходимости³, т.е. для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами и при этом не было допущено превышения пределов⁴ крайней необходимости».

¹ Эта норма позволяет полностью освободить лицо, совершившее преступление, от уголовной ответственности и наказания взамен на совершение им поступков, перечень которых дан в законе.

² Подр.: Аликперов Х.Д. Виды норм уголовного законодательства, допускающих компромисс в борьбе с преступностью. Баку: Элм, 1992.

³ Согласно ст. 109 УК РСФСР издания 1937 г. (М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1937. С. 62) злоупотребление властью или служебным положением признавалось преступлением в том случае, когда действия виновного не были вызваны служебной необходимостью. Служебная необходимость в данном случае рассматривалась как частный случай крайней необходимости. См.: Антонов В.Ф. История возникновения и развития института крайней необходимости : научно-аналитический обзор. М.: Академия управления МВД России, 2000. С. 30.

⁴ Согласно ч. 2 ст. 39 УК РФ «превышением пределов крайней необходимости признается причинение вреда, явно не соответствующего характеру и степени угро-

Для более ясного понимания сущности крайней необходимости следует уточнить некоторые особенности, присущие рассматриваемому институту:

- вред причиняется правам и интересам учреждения, предприятия, организации или лица, которое не являлось источником опасности;
- правомерным признается деяние не только по предотвращению более опасного преступления, но и для устранения опасности, не носящей криминальный характер;
- допускается не только причинение вреда третьим лицам, не являющимся источником опасности, но и выполнение определенных требований преступников в обеспечении доведения начатого ими преступления до конца, если таким путем предотвращаются более опасные преступления.

Анализ особенностей, характеризующих институт крайней необходимости в исследуемом нами контексте, позволил сделать следующие выводы:

- при совершении сотрудником или содействующим ему лицом рассматриваемых действий вред может причиняться правам и интересам учреждения, предприятия, организации или лица, которое не являлось источником опасности (в целях добывания информации о деятельности преступной группы, завоевания авторитета);
- при этом им может быть совершено деяние не только по предотвращению более опасного преступления, но и для устранения опасности, не носящей криминальный характер (например, опасности расшифровки в криминальной среде);
- в результате предполагается возможность не только причинения вреда третьим лицам, не являющимся источником опасности, но и выполнения определенных требований преступников в обеспечении доведения начатого ими преступления до конца, если таким путем предотвращаются более опасные преступления.

Таким образом, на первый взгляд, институт крайней необходимости¹ позволяет сотрудникам и содействующим им лицам совершать

жавшей опасности и обстоятельствам, при которых опасность устранялась, когда указанным интересам был причинен вред равный или более значительный, чем предотвращенный. Такое превышение влечет за собой уголовную ответственность только в случаях умышленного причинения вреда».

¹ Здесь следует упомянуть о п. 8 ст. 8 Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности», который обеспечивает оперативным подразделениям возможность осуществлять проникновение в преступную группу штатного негласного сотрудника либо сотрудничающих с ним лиц. При этом указанные лица не несут от-

внешне напоминающие преступления поступки и с их помощью создавать авторитет в преступной среде, получать оперативно значимую информацию в отношении криминально ориентированных лиц и их противоправных действий.

2. Обоснованный риск.

Диспозиция рассматриваемой статьи фиксирует, что «не является преступлением причинение вреда охраняемым законом интересам при обоснованном риске для достижения общественно полезной цели. Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием) и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам. Риск не признается обоснованным, если он заведомо был сопряжен с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия».

Все условия правомерности причинения вреда при обоснованном риске можно разделить на две группы, характеризующие:

- цель, ради достижения которой лицо идет на риск;
- действия, причинившие вред в условиях обоснованного риска.

Согласно положениям рассматриваемой статьи цель при обоснованном риске должна отвечать двум требованиям:

- лицо идет на риск ради достижения общественно полезной цели;
- эта цель не могла быть достигнута иными методами, не связанными с риском.

Действия, предпринятые ради достижения общественно полезной цели, также характеризуют два условия:

- риск не признается обоснованным, если лицо заведомо сознавало, что его рискованные действия создают опасность для жизни многих людей, опасность экологической катастрофы или общественного бедствия;
- совершая рискованные действия, лицо должно предпринять достаточные с профессиональной точки зрения меры предосторожности.

Используя вышеуказанные характеристики как матрицу, накладываемую на действия сотрудника или содействующего ему лица в преступной группе, например, совершающего имитацию преступных действий (имитационное мероприятие), следует признать, что:

- он идет на риск ради достижения общественно полезной цели;

ветственности, если они действовали в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости.

– эта цель не могла быть достигнута иными методами, не связанными с риском;

– его рискованные действия не создают опасности для жизни многих людей, опасности экологической катастрофы или общественного бедствия;

– совершая рискованные действия, он предпринимает достаточные с профессиональной точки зрения меры предосторожности.

Таким образом, сопоставление характеризующих исследуемые нормы черт с предлагаемой нами ниже законодательной новеллой¹ дает возможность заключить, что институт обоснованного риска, как и крайней необходимости, позволяет сотрудникам и содействующим им лицам совершать имитационные действия, формально напоминающие преступные, и с их помощью вызывать доверие, создавать авторитет в преступной среде, получать оперативно значимую информацию в отношении криминально ориентированных лиц и их противоправных действий². Более того, это соотносится с отмеченным выше положением ч.4 ст.16 ФЗ об ОРД³.

Углубленное исследование комментируемых норм приводит нас к выводу, согласно которому решение об осуществлении действий, охватываемых содержанием ст. 39, 41 УК РФ, принимается как лицом самостоятельно, так и по указанию (команде, приказу, распоряжению) иных лиц. Оно позволяет судить, что в случаях, не терпящих отлагательства, сотрудники или содействующие оперативному подразделению лица (как и любые иные лица) вправе самостоятельно принимать решения о совершении действий, охватываемых нормами ст. 39, 41 УК РФ, а решение об осуществлении имитационного мероприятия в каждом конкретном случае должно принимать уполномоченное на это должностное лицо⁴.

¹ Подр.: Железняк Н.С. Оценка необходимости принятия нового закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Актуальные проблемы профилактики наркомании и противодействия правонарушениям в сфере легального и незаконного оборота наркотиков : материалы XI международной научно-практической конференции : в 2 ч. / отв. ред. И.А. Медведев. Красноярск : СибЮИ ФСКН России, 2013. Ч. 2. С. 225-242.

² Железняк Н.С., Васильев А.Д. Указ. соч.

³ Это же отмечают и другие ученые. См.: Ильиных В.Л., Андреев В.Ю. Оперативно-розыскная деятельность и уголовный закон // Вопросы применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Омск: ЮИ МВД России, 1998. С. 54.

⁴ Служащие полиции, внедряемые в преступные группы, нередко попадают в ситуации, когда для завоевания доверия вынуждены принимать участие в нарушении прав и законных интересов личности. Участие в них при наличии предпосылок

Кроме того (и это представляется весьма существенным), отнесение действий лица к охватываемым содержанием ст. 39, 41 УК РФ осуществляется в рамках уголовного судопроизводства, а оценка целесообразности и правомерности проведения имитационного мероприятия – вне таких рамок.

И третье: оценка соответствия действий лица нормам, зафиксированным в ст. 39, 41 УК РФ, производится компетентными лицами после их совершения, а оценка целесообразности и правомерности планируемого имитационного мероприятия – до его осуществления.

Оценка международного опыта защиты лиц, внедряемых в преступные группы, и сопоставление с ним наших возможностей в рамках первой части нашего исследования позволили представить на суд читателей авторские мысли, сделать некоторые выводы и предложения по совершенствованию этого процесса в Российской Федерации.

Можно вычленить особенности, присущие предложенному нами в первой части исследования мероприятию по имитации преступной деятельности, не отличающие его существенно от рассмотренных там же уголовно-правовых норм, но требующие иного процедурного порядка принятия решений. Они заключаются в следующем:

- решение об осуществлении имитационного мероприятия в каждом конкретном случае должно принимать уполномоченное на это должностное лицо;
- целесообразность и правомерность проведения имитационного мероприятия оцениваются вне рамок уголовного судопроизводства;
- целесообразность и правомерность проведения планируемого имитационного мероприятия оцениваются до начала его осуществления.

Сопоставление исследованных норм уголовного и оперативно-розыскного законодательства с заявленной нами целью законодательного закрепления возможности санкционированного совершения сотрудником или содействующим им лицом действий, формально напоминающих преступление (например, реализация наркотиков¹), позволяет сделать следующие выводы:

параграфа 34 (крайняя необходимость) УК ФРГ является оправданным; кроме того, здесь имеется и возможность оправдания в связи с наличием в отношении этих действий «разрешения компетентных инстанций». См.: Ларичев В.Д., Решетняк Н.С. Зарубежный и отечественный опыт использования штатных негласных сотрудников // Актуальные проблемы борьбы с коррупцией и организованной преступностью в сфере экономики. Вып. 3. М., 1996. С. 100-101.

¹ Федеральный закон от 08.01.1998 № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» (ст. 36) разрешает при проведении ряда ОРМ использование органами, осуществляющими ОРД, наркотических средств и психотропных ве-

1. Основные черты, характеризующие рассмотренные уголовно-правовые нормы, допускающие компромисс, и положения ч. 4 ст. 16 ФЗ об ОРД формально позволяют с их помощью в отдельных ситуациях решать проблему совершения внедренным сотрудником или содействующим им лицом имитационного мероприятия.

2. Отличия между рассмотренными уголовно-правовыми нормами, допускающими компромисс, и предлагаемой нами законодательной новеллой о допустимости совершения ими имитационного мероприятия заключаются:

– в субъекте принятия решения: в первом случае оно принимается как самостоятельно, так и по решению иных лиц, во втором – предполагает обязательное получение на это разрешения соответствующего должностного лица;

– в сфере принятия решения: в первом случае оно принимается исключительно в рамках уголовного судопроизводства, во втором – вне этих рамок;

– во времени принятия решения: в первом случае оно принимается после совершения означенных действий, во втором – до начала их осуществления.

Поскольку за пределами исследования остался один из наиболее существенных вопросов – о субъекте, санкционирующем совершение имитационного мероприятия сотрудником или содействующим ему лицом, представляется целесообразным посвятить определенную часть работы рассмотрению этого аспекта проблемы.

Анализ действующего законодательства и правоприменительной практики позволяют предположить, что таких субъектов (с учетом различных причин) может быть несколько:

а) в отношении имитационного мероприятия, формально не образующего состава преступления:

– сотрудник оперативного подразделения (согласование демонстрации внедренным лицом криминальному окружению отмычек, дежных средств и т.п.);

– руководитель, уполномоченный на осуществление ОРД (выдача внедренному лицу валютных ценностей, наркотических средств, оружия, иных предметов, запрещенных или ограниченных для свободного оборота);

б) в отношении имитационного мероприятия, формально образующего состав преступления – судья.

ществ без лицензии. Однако рассматриваемые нами действия не относятся к их перечню, зафиксированному в ст. 6 ФЗ об ОРД.

Предложение о судебном санкционировании данного имитационного мероприятия имеет следующее обоснование.

Поскольку рассматриваемое мероприятие, осуществляемое внедренным лицом, в ряде случаев фактически нарушает права отдельных граждан¹ (а в целом – может характеризоваться совершением общественно-опасных действий), постольку в таких ситуациях в соответствии со ст. 9 ФЗ об ОРД оно, на наш взгляд, должно санкционироваться субъектом, определенным для решения вопроса о выдаче разрешений на проведение мероприятий, ограничивающих конституционные права граждан, т.е. судьей. Например, согласно параграфу 1106 (абзац 2) приложения №1 к УПК ФРГ согласие судьи необходимо при использовании секретного агента (к ним относятся кадровые служащие полиции, которые в соответствии с параграфом 110а (абзац 2) данного приложения внедряются в уголовное подполье и ведут расследование, прикрываясь измененными анкетными данными (легендой), гибко приспосабливаясь к окружающей среде, чтобы получить возможность целеустремленно выйти на желаемые «объекты» – Н.Ж.) в тех случаях, когда действия направлены против определенного обвиняемого или секретный агент посещает жилище, которое обычно недоступно².

В этой ситуации, связанной с необходимостью правовой защиты внедренного лица³ от возможного неправомерного привлечения к уголовной ответственности, органы, осуществляющие ОРД, будут вынуждены идентифицировать его негласный статус перед следователем или судьей (следовательно – и перед другими участниками процесса), которым поручено рассмотрение данного уголовного дела. А это значит, что с момента оглашения факта санкционирования компетентными органами действий указанного лица, расшифровки его принадлежности к орга-

¹ Речь может идти, например, о таких конституционных правах, как право на неприкосновенность жилища (ст. 25), на владение имуществом (ч. 3 ст. 35). И хотя последнее из них не отражено в ФЗ об ОРД, полагаем это упущением законодателя.

²Ларичев В.Д., Решетняк Н.С. Указ. соч. С. 97.

³ Процедура такой защиты может регламентироваться закрытым межведомственным (Генеральная прокуратура, Министерство юстиции, органы, осуществляющие ОРД) нормативным правовым актом. Например, В.А. Лукашов предлагал издать законодательные разъяснения судам и прокуратуре о том, что выполнение негласных заданий по разоблачению преступных групп должно рассматриваться как обстоятельство, смягчающее ответственность, и учитываться при назначении наказания. См. об этом: Чечётин А.Е. Некоторые проблемные вопросы применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в борьбе с организованной преступностью // Совершенствование борьбы с организованной преступностью и наркобизнесом. Вып.3. М., 1998. С. 85-96.

ну, осуществляющему ОРД, возникают определенные правовые последствия, заключающиеся:

- во-первых, в прекращении производства по делу в отношении данного лица;
- во-вторых, во «включении» системы проведения специальных мероприятий по защите указанного лица и членов его семьи в целях обеспечения их безопасности.

Поэтому для реализации нашего предложения представляется правомерным:

- дополнить ст. 41 УК РФ «Обоснованный риск» частью второй, сформулировав ее следующим образом: «Не является преступлением деяние, хотя и подпадающее под признаки уголовно наказуемого, предусмотренного Особенной частью настоящего кодекса, но совершаемое при выполнении полученного в установленном порядке задания оперативного подразделения компетентного государственного органа в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлений, а также установления и розыска совершивших их лиц. При этом причиненный такими действиями вред охраняемым уголовным законом интересам должен быть меньше предотвращенного». Тогда часть вторая статьи будет ее частью третьей;

- ввести в ст. 9 нашего проекта ФЗ об ОРД ОРМ «имитация преступных действий».

На наш взгляд, нормы, регулирующие социальную и правовую защиту должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, и содействующих им граждан, должны присутствовать как минимум в двух законодательных актах (ФЗ об ОРД и УК РФ), обеспечивая тем самым реальные права указанных лиц на защиту от неправомерного привлечения к установленной законом ответственности за совершение общественно-полезных действий.

В связи с этим в ст. 8 «Социальная и правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и содействующих им граждан» предлагается включить ряд более разумных положений.

Конечно, даже эти, на первый взгляд, выверенные нормы, как уже отмечалось выше, будут работать после внесения соответствующих изменений в УК РФ, но это нормальный цивилизованный процесс приведения законодательства к состоянию, близкому к оптимуму. Нынешнее же положение с формальным декларированием прав лиц, участвующих в борьбе с преступностью, ничего кроме разочарования вызывать не может.

Реализация указанных предложений позволит органам, осуществляющим ОРД, реально, а не виртуально использовать имитацию преступных действий в борьбе с наиболее опасными преступлениями, а участвующим в имитации лицам – избежать неправомерного привлечения к уголовной ответственности за выполнение общественно полезных действий.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 9. Социальная и правовая защита должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность

1. На должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, распространяются гарантии социальной и правовой защиты сотрудников тех органов, в штаты которых указанные лица входят.

2. Никто не вправе вмешиваться в законные действия должностных лиц и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, за исключением лиц, прямо уполномоченных на то федеральным законом.

3. Должностное лицо, уполномоченное на осуществление оперативно-розыскной деятельности, в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий подчиняется только непосредственному и прямому начальникам. При получении приказа или указания, противоречащего закону, указанное должностное лицо обязано руководствоваться законом.

4. Допускается вынужденное причинение должностным лицом органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, либо лицом, оказывающим ему содействие, вреда правоохраняемым интересам.

5. Должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, или лицо, оказывающее ему содействие, внедренное в преступную группу, в соответствии с законодательством Российской Федерации освобождается от уголовной ответственности за противоправные

действия, совершенные самостоятельно или в составе группы, при наличии следующих обстоятельств, при которых оно:

5.1. Действовало с ведома органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, и при этом не превысило предоставленных полномочий.

5.2. Не являлось инициатором или организатором преступления.

5.3. Причинило правоохраняемым интересам вред меньший, чем предотвращенный.

5.4. Осуществляло противоправные действия в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости, обоснованного риска, физического или психического принуждения.

6. Условия, сформулированные в п.п. 5.1-5.3 части пятой настоящей статьи, не распространяются на совершение внедренным лицом умышленных тяжких и особо тяжких преступлений против личности.

7. Время выполнения должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, специальных заданий в преступных группах, а также время их службы в должностях штатных негласных сотрудников указанных органов подлежит зачету в выслугу лет для назначения пенсии в льготном исчислении в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации.

8. Органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления вправе устанавливать дополнительные виды социальной защиты для должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

ГЛАВА IV. СОДЕЙСТВИЕ ГРАЖДАН ОРГАНАМ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 17. Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

Отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту. Эти лица обязаны сохранять в тайне сведения, ставшие им известными в ходе подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий, и не вправе предоставлять заведомо ложную информацию указанным органам.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, могут заключать контракты с совершеннолетними дееспособными лицами независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений.

Органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Под содействием граждан органам, осуществляющим ОРД, традиционно понимается *оказание отдельными лицами помощи указанным субъектам при привлечении их на добровольной основе к подготовке или проведению оперативно-розыскных и иных мероприятий, решению других частных задач ОРД.*

Из предписаний ФЗ об ОРД следует, что такое содействие может осуществляться отдельными лицами¹, гласно и негласно, на контрактной основе и без таковой², возмездно и безвозмездно³.

¹ Использованное в ч. 1 ст. 17 ФЗ ОРД словосочетание «отдельные лица» позволяет судить о запрете на применение групповых форм оказания населением содействия оперативным подразделениям.

² Два первых признака содействия зафиксированы в ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД.

³ Последний признак содействия отмечен в ч. 5 ст. 18 ФЗ об ОРД.

При этом гласное и негласное содействие причисляют к формам оказания гражданами помощи органам, осуществляющим ОРД, а конкретные проявления рассматриваемых взаимоотношений – к видам такого содействия.

Гласным признается такое содействие органам, осуществляющим ОРД, при котором содействующее лицо не требует (либо не требуется) сохранения в тайне его участия в ОРМ и в последующем при необходимости может дать свидетельские показания по уголовному делу.

Тем не менее, до начала реализации в уголовном процессе результатов ОРМ предание гласности факта оказанного этим лицом содействия нежелательно.

Гласное содействие может осуществляться однократно, периодически или систематически.

Однократное гласное содействие предполагает использование услуг лица при проведении одного ОРМ, решении одной оперативно-тактической задачи.

Периодическое гласное содействие оказывается, например, должностными лицами организаций (при решении вопросов, касающихся обеспечения безопасности объекта), бухгалтерскими работниками (в ходе проведения документальных ревизий), специалистами в области искусства (при изготовлении рисованного портрета подозреваемого лица или оценке картины, иконы) и т.п.

В отдельных случаях (например, при использовании в разовом порядке или периодически услуг содействующего лица в качестве специалиста при проведении гласного ОРМ «исследование предметов и документов») с такими лицами могут заключаться контракты с выплатой денежного вознаграждения за оказанные услуги. **Контракт** – письменная форма договора, сторонами которого выступают орган, осуществляющий ОРД, и лицо, изъявившее согласие (желание) оказывать ему содействие в решении задач ОРД. Контракт (договор) в этом случае составляется в двух экземплярах и подписывается сторонами.¹ Один экземпляр остается в оперативном подразделении и в определенных случаях служит одним из отчетных документов о расходовании денежных средств, второй – вручается лицу, содействие которого используется. В случае нарушения контрактных (договорных) обязательств наступают последствия, предусмотренные действующим гражданским законодательством.

¹ Со стороны органа, осуществляющего ОРД, контракт подписывает один из руководителей, уполномоченных на осуществление ОРД (например, в органах внутренних дел к таким руководителям сейчас относятся начальники указанных органов или их заместители – начальники полиции).

Систематически гласное содействие субъектам ОРД оказывают внештатные сотрудники¹ – лица, в свободное от основных занятий время оказывающие оперативным подразделениям безвозмездную помощь в борьбе с преступностью. В отличие от ранее названных категорий кандидатуры лиц, предполагаемых для использования в качестве внештатных сотрудников, подлежат всесторонней проверке, после которой руководителем органа, осуществляющего ОРД, издается соответствующий приказ, а указанным лицам выдаются удостоверения установленного образца.

Как правило, гласное содействие осуществляется на безвозмездной основе, однако при заключении контракта (а в определенных случаях и без такового) гласно содействующее лицо может получить денежное вознаграждение за результативное участие в ОРД.

Результаты содействия указанных лиц, как правило, оформляются объяснениями и актами, которые хранятся в материалах оперативной проверки, делах оперативного учета, при необходимости – направляются в установленном порядке в орган дознания, следователю или в суд.

Негласное (или конфиденциальное) содействие – вид оказания гражданами помощи органам, осуществляющим ОРД, при котором содействующие лица не желают разглашать свой негласный статус и в дальнейшем участвовать в уголовном судопроизводстве. Также может осуществляться однократно, периодически или систематически, по контракту или без заключения такового, на возмездной или безвозмездной основе.

Наиболее известными видами конфиденциального содействия граждан выступают анонимное содействие, оперативный контакт и негласное сотрудничество.

Одним из интересных и перспективных видов конфиденциальной помощи органам, осуществляющим ОРД, выступает анонимное содействие. *Анонимное содействие* – вид однократного или периодического конфиденциального содействия оперативным подразделениям в подготовке и проведении ОРМ, решении других частных задач по предотвращению и раскрытию преступлений, розыску преступников и без вести пропавших граждан, оказываемого лицом путем анонимного представления соответствующей информации.

Полученная анонимная информация оформляется рапортом и докладывается руководителю, уполномоченному на осуществление ОРД,

¹ Не очень удачное наименование представителей общественности, поскольку сотрудник – согласно семантической сути этого термина – лицо, работающее в каком-нибудь учреждении, вместе с кем-нибудь, осуществляющее деятельность по найму, служащий. См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. работа. С. 741.

регистрируется в журнале учета анонимных сообщений, после чего указанный руководитель поручает ее проверку.

Результаты проверки анонимных сообщений докладываются рапортом руководителю, ее поручившему, после чего рапорт помещается на хранение в соответствующее дело и хранится по правилам секретного делопроизводства.

Оперативный контакт – установление доверительных отношений между сотрудником и лицом, обладающим или могущим обладать оперативно значимой информацией либо способным оказывать разовое или периодическое содействие в решении задач ОРД. При этом лицо, согласившееся на оперативный контакт, не желает участвовать в дальнейшем в уголовном процессе.

Такой вид содействия обеспечивает очень высокую защищенность указанного лица от возможной расшифровки¹, что, в свою очередь, позволяет ему более активно оказывать помощь оперативному подразделению в решении задач борьбы с преступностью. Именно поэтому сотрудники оперативных подразделений устанавливают оперативный контакт с наиболее ценными с точки зрения решения задач ОРД лицами.

Результаты оперативного контакта (полученная информация или иные сведения) оформляются рапортом сотрудника оперативного подразделения, регистрируются и хранятся по правилам секретного делопроизводства.

Конфиденциальное сотрудничество – вид постоянного (долговременного) с обязательным заключением контракта негласного содействия в подготовке и проведении оперативно-розыскных и иных мероприятий, решении иных задач ОРД, оказываемого оперативным подразделениям лицами, которые требуют (либо требуется) сохранения в тайне их участия в данных мероприятиях и не желают стать в последующем участниками уголовного процесса с расшифровкой личности.

Согласно ч. 2 ст. 17 ФЗ об ОРД лица, привлекаемые к содействию на контрактной основе, должны соответствовать нескольким условиям. Во-первых, определен их возрастной ценз – совершеннолетие (то есть 18 лет). Во-вторых, такие лица должны быть дееспособными.² В-третьих, в

¹ О факте установления и использования такого контакта знают только два человека – согласившееся на контакт лицо и сотрудник оперативного подразделения. Никакие документы, при ознакомлении с которыми можно было бы расшифровать данное лицо, не оформляются.

² В соответствии с ч. 1 ст. 21 ГК РФ дееспособность – способность лица своими действиями приобретать гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности. Дееспособность возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия, т.е. достижением 18-летнего возраста.

соответствии с ч. 3 ст. 17 ФЗ об ОРД органам, осуществляющим ОРД, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений. Последнее предписание нуждается в отдельном комментарии.

Законодатель ограничивает круг субъектов, сотрудничающих конфиденциально по контракту с органами, осуществляющими ОРД, исключив из него представителей законодательной и судебной властей, а также лиц, осуществляющих определенную профессиональную деятельность. Данное предписание содержит исчерпывающий (закрытый) перечень лиц, привлечение которых органами, осуществляющими ОРД, к сотрудничеству на конфиденциальной контрактной основе законодатель не разрешает. Список включает две категории таких лиц: представители власти (депутаты, судьи и прокуроры) и представители общественных организаций (адвокаты, священнослужители и полномочные представители официально зарегистрированных религиозных объединений).

Запрет на использование конфиденциального сотрудничества по контракту депутатов законодатель, представляется, связывает с исключением возможности оказания на них воздействия для осуществления последними некорректной правотворческой и иной деятельности.

Заключение указанных отношений с представителями судебной системы может обусловить давление на них в целях вынесения неправосудных решений.

Конфиденциальное сотрудничество по контракту с прокурорами создает предпосылки для возможных нарушений в сфере надзора за исполнением законов органами, осуществляющими ОРД, либо в ходе поддержания обвинения по уголовным делам.

В случае закрепления таких отношений с адвокатами возникает возможность существенных нарушений прав граждан с позиций их судебной защиты и тайны сведений, сообщаемых ими представителю защиты.

Привлечение к негласному сотрудничеству по контракту священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений не исключает злонамеренного разглашения тайны исповеди¹ и использования содержащейся в ней информации в неблагоприятных (с позиций церкви) целях.

¹ Результаты научных исследований свидетельствуют, что наиболее консервативно к сохранению в тайне сведений, сообщенных на исповеди, относятся священнослужители католической церкви, наиболее либерально – представители ислама.

Предвидение законодателя по поводу возникновения возможных нарушений конституционных норм вызывает одобрение и убеждает в справедливости зафиксированных в ФЗ об ОРД предписаний.

Однако следует подчеркнуть, что в законе отсутствует запрет на установление гласных контрактных, а также гласных или негласных бесконтрактных отношений между указанными категориями лиц и органами, осуществляющими ОРД. Поэтому представители оперативных подразделений в необходимых случаях могут использовать содействие таких лиц для решения отдельных оперативно-тактических задач в борьбе с преступностью.

Вместе с тем и в этой сфере имеются не до конца решенные проблемы.

Как уже отмечалось выше, содействие граждан является исключительно добровольным. К этому следует добавить, что любым человеком движут различные мотивы.¹ Рассуждая о мотивах, следует отметить, что они стары как мир; еще в индийском средневековом литературном памятнике «Хитопадеша» отмечалось: «Алчного привлекают деньгами, гордого – честью, глупого – выполняя его желания, мудрого – правдой»².

Однако достаточно хорошо известно, что в некоторых случаях добровольность содействия того или иного лица обуславливается имеющимися на него в оперативном подразделении так называемыми компрометирующими материалами, в данном контексте – достоверными сведениями о предосудительном (антиобщественном, аморальном) поведении лица, зафиксированными на физических носителях информации и используемыми оперативными подразделениями с целью побуждения указанного лица к оказанию содействия в решении задач ОРД. По мнению специалистов, собирание и использование в отношении отдельных лиц информации, имеющей компрометирующий характер, не противоречат действующему законодательству и вполне вписываются в устоявшиеся схемы информационного влияния на них в целях побуждения к содействию оперативным подразделениям.

К законодательному недостатку необходимо отнести зафиксированное в ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД положение, которое определяет, что отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту. Из этой нор-

¹ Побудительные причины каких-либо действий.

² Энциклопедия афоризмов (Мысль в слове). С. 429.

мы закона следует, что сохранение конфиденциальности зависит от желания лица, оказывающего содействие оперативным подразделениям. Оправданно ли рассматривать вопрос в таком аспекте? Необходимость конфиденциальности содействия и в целом конспиративности ОРМ продиктована соблюдением интересов не только конфиденнта. Конспиративность как таковая является одним из основных условий эффективности ОРД. Конспирацией обеспечивается безопасность не только конфиденнтов, но и других лиц, вовлеченных в ОРД.

Таким образом, конфиденциальность (следовательно, соблюдение конспирации) необходимо обеспечивать не столько в силу желания конфиденнта, сколько четкого указания на это законодателя.

Данная норма не только по формулировкам не точна, но и по духу не актуальна. Вряд ли можно серьезно ставить вопрос о стремлении, например, конфиденнта к афишированию его содействия правоохранительным органам. Чувство самосохранения диктует ему необходимость в любом случае стремиться к содержанию в тайне существующих между ним и оперативным подразделением отношений. Лица, оказывающие содействие на конфиденциальной основе, являются одной из ключевых частей общей системы лиц, участвующих в борьбе с преступностью, а поэтому должны быть обеспечены соответствующей защитой от возможной расшифровки.

В нашем случае это означает, что положения нормативных правовых актов, касающиеся обеспечения конспирации содействия конфиденнтов органам, осуществляющим ОРД, не являются образцом нормотворчества, а непрофессионализм определенной части сотрудников оперативных подразделений не позволяет в должной мере обеспечить защиту указанных лиц от расшифровки и иных угроз.

Далее в ст. 17 ФЗ об ОРД отмечено: «...эти лица обязаны сохранять в тайне сведения, ставшие им известными в ходе подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий, и не вправе предоставлять заведомо ложную информацию указанным органам». Можно предположить наличие обязанности сохранения в тайне указанных сведений, установленной для всех лиц, оказывающих содействие оперативным подразделениям. И если в отношении лиц, заключивших контракт о сотрудничестве с органом, осуществляющим ОРД, это установление представляется не только оправданным, но и соответствующим в определенных ситуациях отдельным нормам гражданского и уголовного законодательства, то лица, содействующие оперативным подразделениям на бесконтрактной основе, не могут являться объектами официального преследования за рассматриваемые нарушения, поскольку между ними и

оперативными подразделениями отсутствуют соответствующие нормативно закреплённые правоотношения.

Наличие контракта, документально закрепляющего возникающие правоотношения, позволяет сторонам требовать не только взаимного соблюдения указанных в нем специфических прав и обязанностей, но и предоставления установленных законодателем государственных гарантий для граждан, сотрудничающих с оперативными подразделениями на контрактной основе.

Но заключение контракта в соответствии с ч. 2 ст. 17 ФЗ об ОРД возможно лишь при наступлении 18-летнего возраста.

Отталкиваясь от содержания данного посыла, попытаемся включиться в существующую на протяжении длительного времени полемику по вопросу определения возрастного ценза лиц, оказывающих содействие оперативным подразделениям в борьбе с преступностью.

У ратующих за снижение восемнадцатилетнего ценза возраста лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам внутренних дел, сторонников также много, как и противников. Доводы сторонников противоположных точек зрения многочисленны и размещены в основном вокруг целесообразности располагать кандидатом, могущим без дополнительных условий внедрения свободно и естественно вращаться в криминогенной среде подростков.

В оперативно-розыскной практике многое определяется фактором целесообразности. Однако, нам представляется, решая вопрос о содержании правовой нормы, им можно и пренебречь, но при условии несомненной весомости контраргумента. Таким контраргументом, на наш взгляд, может быть избран фактор ответственности, оказывающий, помимо прочих, весьма существенное влияние и на целесообразность установления или продолжения отношений негласного содействия с тем или иным лицом.

Поднятый нами вопрос может быть изучен по аналогии с тем, как эта проблема решена в теории уголовного права. Здесь действие фактора ответственности тесно увязывается с определением минимального возраста уголовной ответственности, что также близко к предмету нашего исследования.

Необходимость установления в законе минимального возраста уголовной ответственности обусловлена неразрывной связью со способностью лица давать отчет в своих действиях и руководить ими. При этом учитываются данные физиологии, общей и возрастной психологии и педагогики о возрасте, начиная с которого у нормально развивающегося подростка формируются указанные способности.

Многие запреты, которым государство придает значение правовых, доступны для понимания несовершеннолетних. Однако для привлечения лица к уголовной ответственности требуется, чтобы у него был известный уровень правового сознания, способность оценивать не только фактическую сторону своих поступков, но и их социальную значимость. Таким образом минимальный возраст уголовной ответственности не может быть ниже возраста, когда у человека образуются определенные правовые представления и он в состоянии уяснить правовые запреты.

Исходя из этого, действующее уголовное законодательство определяет минимальный возраст уголовной ответственности с 16 лет. В перечень же преступлений, ответственность за которые, как исключение, наступает с 14 лет, включены лишь такие деяния, общественная опасность которых настолько очевидна, что доступна пониманию в этом возрасте¹.

Проводя аналогию изложенного с рассматриваемой нами проблемой, возникает вопрос: общество, государство, наука, законодательство считают несовершеннолетних способными отдавать отчет в своих действиях и руководить ими, иметь определенные правовые представления, связанные с ответственностью за совершенные противоправные деяния. Почему в таком случае в ходе ведомственного нормотворчества те же самые доводы утрачивают свою актуальность и не в состоянии преодолеть шестнадцатилетний барьер для лиц, конфиденциально содействующих органам внутренних дел?

В процессе исследования проблемы в вышеозначенном ракурсе (фактор ответственности) нами были изучены уголовные дела о преступлениях, совершенных подростками (всего 142 уголовных дела: о кражах, грабежах и разбоях, изнасилованиях, вымогательстве). Показательно, что почти по 55% из них возраст обвиняемых составлял от 14 до 16 лет. Более того, по 58% дел возраст всех обвиняемых был идентичен. Это позволяет сделать вывод, что подростковая преступность не только «помолодела», но и что несовершеннолетние, формируясь в группы криминальной направленности, в большинстве случаев предпочитают подбирать соучастников из числа лиц одного с ними возраста. Думается, пренебречь данным фактором при организации работы с конфидентами – значило бы добровольно отказаться от реально существующей возможности получения оперативно значимой информации о замыслах и действиях криминальных групп подростков, ибо лица, оказывающие содействие в добытии таких сведений в означенной среде, по своим возрастным данным должны соответствовать возрасту членов указанных групп.

¹ Статья 20 УК РФ.

Вместе с тем полагаем, что с точки зрения компетенции данный вопрос освещен лишь частично. Даже если предположить, что привлечение лиц к негласному содействию с 16 лет предназначено только для раскрытия преступлений среди несовершеннолетних, правомерно ли наделять соответствующей компетенцией только специализированные (по делам несовершеннолетних) подразделения? Думается, нет. Учитывая, что в подавляющем большинстве случаев о причастности подростков к преступлению представляется возможным судить лишь на заключительных этапах разработки или расследования, можно сказать, что такие преступления раскрывают практически все подразделения, независимо от специализации¹. К этому следует добавить, что нормативными актами не определен механизм, предусматривающий передачу материалов о преступлениях в специализированные подразделения уголовного розыска по делам несовершеннолетних в случае установления причастности подростков к соответствующему противоправному деянию (особенно на стадии выявления подозреваемых).

Вместе с тем следует не забывать, что реальная защита содействующих лиц в соответствии со ст. 18 ФЗ об ОРД осуществляется лишь в отношении контрактников².

Таким образом, соответствующим потребностям практики борьбы с преступностью было бы решение предоставить право конфиденциального содействия лиц по контракту с 16-летнего возраста (а по тяжким и особо тяжким преступлениям снизить его до 14 лет), распространив тем не менее соответствующую компетенцию на все оперативные подразделения органов внутренних дел.

Казалось бы, законодательство, подзаконные нормативные правовые акты ведомств, решающих задачи ОРД, и оперативно-розыскная практика предлагают гражданам огромный спектр возможностей для эффективного участия в осуществлении борьбы с преступностью. Однако это не совсем так, вернее, совсем не так.

Действительно, нормативное правовое регулирование вопросов оказания гражданами содействия органам, осуществляющим ОРД, хотя и нуждается в значительной корректировке³, но, тем не менее, позволяет обеспечивать оперативно-розыскное взаимодействие с населением. Бо-

¹ Требуется кардинального пересмотра организация агентурной работы в среде несовершеннолетних. Каждое 10-е преступление совершается ими или с их участием. См.: Протокол от 13 ноября 2001 г. №53см совещания с руководящим составом МВД России.

² См. предписания, сформулированные в ч. 2, 4, 6, 8, 9 указанной статьи.

³ Эта мысль неоднократно формулировалась специалистами как в научных, так и в учебно-методических работах.

лее или менее предметно эта область исследуется и в науке. Что же касается оперативно-розыскной практики, то системно она вообще не подвергается совершенствованию, в первую очередь, на наш взгляд, из-за косности воззрений на сущность своей работы многих руководителей органов, уполномоченных на осуществление ОРД, и их сотрудников.

Что касается сущности этой деятельности, подавляющее число практиков и значительное количество ученых почему-то оценивают ее как процесс по добыванию оперативно значимой информации. Например, В.К. Зникин отмечает: «*добывание фактической оперативной информации, значимой для выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступной деятельности, представляет собой главную цель любого оперативно-розыскного мероприятия*»¹. В.И. Михайлов оценивает *ОРМ* как проводимое уполномоченными на то лицами на основании и в порядке, предусмотренных ФЗ об ОРД, *добывание фактических данных*, входящих в предмет исследования по конкретному делу оперативного учета или первичным материалам, а также необходимых для решения других задач ОРД.² По мнению представителей авторского коллектива одного из комментариев ФЗ об ОРД, «*ОРМ* носят разведывательно-поисковой характер и *направлены на получение информации о лицах, замышляющих, подготавливающих и совершающих преступление, о наличии материальных следов противоправной деятельности, мест нахождения лиц, скрывающихся от следствия и суда, а также без вести пропавших*»³. А.Ю. Шумилов дает одно из определений ОРМ как вида «*сложного (в организационном отношении) поведенческого акта, сутью которого является получение необходимой для достижения целей и решения задач ОРД информации*»⁴. Таким образом, многие известные авторы связывают ОРМ, да и ОРД в целом, с получением (добыванием) оперативно значимой информации⁵.

¹ Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств : учебное пособие. Кемерово: Кемеровский госуниверситет, 2000. С. 19.

² Михайлов В.И. Контролируемая поставка как оперативно-розыскная операция : учебно-практическое пособие. М.: Издатель И.И. Шумилова, 1998. С.60.

³ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / под ред. В.В. Николюка. М.: Спарк, 2003. С. 51-52.

⁴ Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. проф. А.Ю. Шумилов. М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 145. На наш взгляд, это более выверенное, но тоже не бесспорное определение.

⁵ Неконструктивность подобной позиции автор отмечал в целом ряде своих работ, напр.: Железняк Н.С., Васильев А.Д. Указ. соч.; Железняк Н.С. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности : учебное пособие. Красноярск: СибЮИ МВД России, 2010; Железняк Н.С. Основы оперативно-розыскной деятельности : учебник.

С этой позицией трудно согласиться, и вот почему.

Если абстрагироваться от ОРД и попытаться оценить наше существование как череду каких-либо деяний, мы обнаружим, что в любой области человеческой жизни индивидум осуществляет совокупность действий, связанных с добыванием (получением) и использованием информации.

Добывание (получение) информации без ее последующего использования представляется бессмысленным. Действительно, если первобытный человек обладает сведениями о технологии добывания огня, но не делает этого, итогом подобного подхода может быть его смерть от голода или холода. Если работник знает механизм осуществления известного ему вида деятельности, но не делает этого, он не сможет рассчитывать на выплату ему работодателем вознаграждения, позволяющего обеспечивать жизненные потребности. Если историк обобщает собранные и исследованные им факты, но не представляет свой труд научному сообществу или просто публике, его дело и его имя останутся неизвестными потомкам. Можно было бы и дальше продолжать аналогичные рассуждения, однако уже тех, что были сформулированы, достаточно для аргументации вывода, сделанного в начале абзаца: «добывание (получение) информации без ее использования бессмысленно».

Поскольку правоохранительная деятельность, в частности, ее разновидности – оперативно-розыскная, является одним из видов человеческой деятельности, в ней также проявляется попеременная смена фаз добывания (получения) и использования информации.

Вместе с тем практика свидетельствует, что органы, осуществляющие ОРД, на протяжении длительного времени не оптимизируя свою деятельность, уделяют слишком много внимания процессу добывания (получения) информации. В связи с этим на этап добывания (получения) информации затрачивается больше усилий, чем на более сложную стадию по ее проверке и использованию.

Научные изыскания автора¹ подтверждают вывод о том, что существенная доля действий, ориентированных на добывание (получение) информации, во многом связана с нерационально организованным процессом работы с населением и, в первую очередь, на конфиденциальной основе.

Анонимное содействие (о котором мы выше уже упоминали), на наш взгляд, выступает одним из наиболее интересных и перспективных видов конфиденциальной помощи оперативным подразделениям органов внутренних дел.

¹ Железняк Н.С. Содействие граждан оперативным подразделениям органов внутренних дел : дис. ... докт. юрид. наук.

Смысл этого вида содействия заключается в том, что оно осуществляется преимущественно односторонне. Проще говоря, однократно или периодически, как правило, в инициативном порядке аноним, используя различные способы связи с правоохранительным органом (телефонную, почтовую, электронную, через посредника, с использованием тайников и т.п.), информирует заинтересованных сотрудников о лицах, предметах, фактах и обстоятельствах, представляющих оперативный интерес в области борьбы с преступностью. При этом, с одной стороны, указанные сотрудники, не обладая сведениями об анонимно содействующем лице, не могут случайно или злонамеренно его расшифровать, что создает максимально благоприятные условия для безопасности конфиденнта, с другой – при подтверждении в ходе проверки отмеченных данных не создает проблем в оплате услуг анонима¹. Вместе с тем основополагающий нормативный правовой акт в области ОРД (далее – Наставление) требует личной встречи сотрудника оперативного подразделения с анонимом для решения вопроса о возможном денежном вознаграждении за подтвердившуюся информацию, но только за оказание помощи в раскрытии преступлений и установлении причастных к ним лиц².

Однако существует другая проблема. Представители государственных структур, ведущих оперативно-розыскную борьбу с преступностью, практически не информируют население о потребности правоохранительных органов в таких сведениях³ и возможности оплаты оперативно значимых данных. А это, в свою очередь, учитывая менталитет российских граждан, не активизирует осведомленных лиц на оказание содействия органам правопорядка.

На наш взгляд, развитие системы анонимного содействия граждан правоохранительным органам позволило бы субъектам ОРД, не слишком отвлекаясь на добывание информации, сосредоточить свои усилия на ее проверке и решении на этой основе задач борьбы с преступностью и одновременно повысило уровень правопослушания населения⁴.

¹ При нынешнем развитии банковских услуг оплатить помощь анонима без расшифровки его установочных данных абсолютно несложно.

² В связи с этим возникают вопросы о том, что же это за анонимное содействие, при котором оперативный сотрудник, по крайней мере, знает анонима в лицо, почему возможность вознаграждения связана только с раскрытием преступлений и где в нормативном правовом акте содержатся положения, регулирующие порядок выплаты вознаграждения анониму.

³ Ничего об этом нет в действующем Наставлении и иных нормативных правовых актах МВД России.

⁴ Опыт взаимодействия полиции и граждан в цивилизованных в этом отношении странах (США, Германия и др.) показывает, что большая часть населения не совершает преступлений потому, что это противно их представлениям о правилах по-

Нормативно закреплённые и апробированные практикой формы и виды содействия свидетельствуют о разнообразии возможностей правоохранительных органов и граждан взаимодействовать между собой с целью решения задач борьбы с преступностью. Однако оценка состояния их взаимоотношений позволяет судить о наличии в этой области целого ряда нерешённых отмеченных нами выше или не упомянутых в этой работе проблем.

Пути их минимизации лежат в области очевидных и целесообразных действий властей, причем, не связанных с конкретными формой или видом содействия лица правоохранительному органу, и концептуально выглядят следующим образом.

Во-первых, полиции с использованием СМИ (телевидение, радио, Интернет, газеты, журналы и т.д.) и иных средств информации (баннеры, листовки, различные виды рекламы, в том числе на транспортных средствах, беседы в школах, вузах, организациях и на предприятиях) следует системно проводить массированную кампанию по доведению до населения потребности в сведениях, связанных с правонарушениями¹, и возможности правоохранительных органов не только своевременно и квалифицированно отреагировать на их поступление, но и наличия реальных механизмов выплаты вознаграждения за данные, нашедшие свое подтверждение при проведении их проверки.

Во-вторых, необходимо на уровне законодательного акта² закрепить основы механизма выплаты денежных средств за предоставленную населением оперативно значимую информацию, нашедшую свое подтверждение в ходе ее проверки.

В-третьих, в ведомственных нормативных правовых актах органов, осуществляющих ОРД, следует тщательно и всесторонне регламентировать механизмы анонимного содействия граждан, критерии оценки достоверности представляемых ими сведений, размеры и процедуры их оплаты. Что касается оплаты, то здесь не следует прописывать конкретные суммы денежных средств³, а определить уровень, от которого необходимо отталкиваться при установлении кратности (например, как это было когда-то заложено в отдельные нормативные правовые акты, раз-

ведения, меньшая – из-за боязни уведомления полиции о противоправном поступке кем-то из соседей или очевидцев происшествия.

¹Этот процесс можно назвать стимуляцией активности граждан в осуществлении ими своего права на участие в борьбе с преступностью.

²Представляется, что это должно быть сделано в ФЗ об ОРД.

³Неумолимо нарастающая инфляция быстро превратит денежные средства в ничего не значащие цифры, а неповоротливость ведомственных бюрократов не позволит оперативно их корректировать.

мер минимальной заработной платы). Процедуры оплаты должны быть ясными, простыми и позволять быстро и в индивидуальном порядке оплачивать информационные услуги населения.

В-четвертых, государству с учетом важности предоставления гражданами оперативно значимой информации для борьбы с таким социальным явлением, как преступность, необходимо заложить в бюджет соответствующие денежные средства, предназначенные для выплат за помощь населения, отойдя от остаточного принципа определения их размера.

В-пятых, нужно исключить порочную практику зависимости выплачиваемых сумм от ранжирования руководителей по их местоположению на служебной лестнице¹. Определяемая сумма выплаты должна всецело зависеть от вклада конкретного человека в решение задач борьбы с преступностью. С этой целью необходимо также разработать и нормативно закрепить критерии оценки этого вклада, не забыв (как это происходит сейчас²) лиц, принимающих участие, например, в предотвращении преступлений, розыске преступников и без вести пропавших граждан.

В-шестых, следует вернуться к рассмотрению высказанной в начале девяностых годов прошлого века идеи профессора В.А. Лукашова о необходимости ежемесячной выдачи сотрудникам оперативных подразделений так называемого безотчетного фонда денежных средств³.

И, наконец, последнее. Необходимо не продекларировать, а реально разработать и реализовать систему мер обеспечения защиты со-

¹ Разница между суммами, выплачиваемыми за аналогичные действия или информацию руководителями соответствующих структурных подразделений в министерстве (ведомстве) и на территориях, зачастую составляет несколько десятков тысяч рублей.

² В соответствии с ч. 5 ст. 18 ФЗ об ОРД «лица, *сотрудничающие* с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, либо *оказавшие* им *помощь в раскрытии преступлений* или *установлении лиц, их совершивших*, могут получать вознаграждения и другие выплаты». Формально это означает, что лицо, не сотрудничающее с указанными органами, но своей информацией обеспечившее предотвращение, например, террористического акта, не может рассчитывать на финансовую благодарность со стороны государства.

³ Указанная сумма, по его мысли, должна была использоваться сотрудниками для приобретения оперативно значимой информации, а ее расходование не требовало отчета. Конечно, подобное решение должно быть предварительно тщательно просчитано с учетом российского менталитета (основной аргумент противников данной идеи основан на заведомом недоверии к сотрудникам оперативных подразделений – присвоят, пропьют и т.п.), но зарубежная практика использования денежных средств для добывания оперативно значимой информации зарекомендовала себя очень хорошо.

действующих лиц от любых форм противоправного обращения и запугивания в связи с их участием в правоохранительном процессе¹.

Таким образом, конфиденциальное содействие граждан оперативным подразделениям нуждается в существенном совершенствовании. В первую очередь, это должно быть связано с последовательными шагами государства по максимальному привлечению населения к решению задач ОРД, в том числе, на анонимной основе, что позволит минимизировать затраты на добывание (получение) оперативно значимой информации и сосредоточить усилия сотрудников оперативных подразделений на ее быстрой и качественной проверке для достижения основной цели ОРД – противодействия преступным посягательствам.

Содействие граждан оперативным подразделениям осуществляется на индивидуальной основе. На это ориентирует фраза «отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке и проведению оперативно-розыскных мероприятий...». Таким образом, законодатель подчеркивает индивидуальность и, соответственно, исключение групповых форм содействия граждан в оперативно-розыскной практике².

ФЗ об ОРД, несмотря на «солидный возраст», наличие множества редакций и изменений, не лишен значительного числа недостатков, негативно влияющих на правоприменительную практику³. В соответствии с особенностями российской правовой системы такие недочеты могут устраняться двумя путями: внесением в установленном порядке поправок в действующий закон⁴ либо принятием акта КС РФ, разъясняющим проблемное положение.

КС РФ в соответствии с определенными ему функциями в установленном Федеральным конституционным законом⁵ порядке периодически рассматривает жалобы на нарушение конституционных прав граждан предписаниями различных законодательных актов. Особенно часто в сфере уголовной юстиции такая необходимость возникает в свя-

¹ Соответствующие нормы закреплены в ратифицированных Россией Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания от 10.12.1984 и Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятой на 96 пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН 29.12.1985.

² Иной позиции придерживается Е.В. Васьковская. См.: Васьковская Е.В. Гласное содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность : дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2005.

³ Подр.: Железняк Н.С., Васильев А.Д. Указ. соч.

⁴ Процедура длительная и, как правило, к сожалению, не дающая желаемого результата.

⁵ О Конституционном Суде Российской Федерации: Федеральный конституционный закон от 21.07.1994 № 1-ФКЗ.

зи с осуществлением уполномоченными правоохранительными органами и спецслужбами оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД)¹. Причем, как показывает практика, основными поводами для обращения в КС РФ выступают пробелы в законодательстве или возможности многовариантного толкования его норм. В этом смысле деятельность КС РФ, направленная на охрану прав граждан, исключительно важна не только для конкретного заявителя, но и для правоприменителя, использующего решения суда в повседневной юридической практике.

Одним из наиболее значимых направлений профессиональной розыскной деятельности выступает обеспечение содействия граждан органам, осуществляющим ОРД, их правовая и социальная защита.

Несмотря на в целом понятные специалистам предписания законодателя, в оперативно-розыскной, а в дальнейшем – в уголовно-процессуальной практике зачастую возникают правоприменительные проблемы, разрешаемые в конечном счете лишь высшими судами РФ. Не избежало этого и содействие граждан органам, осуществляющим ОРД.

1. Первая из проблем – использование в осуществлении ОРД лиц, не достигших совершеннолетия. Так, в доказывании вины А.М. Полякова, признанного виновным в совершении преступления, предусмотренного частью третьей статьи 30 и пунктом «г» части четвертой статьи 228.1 Уголовного Кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), использовались результаты ОРМ, проведенных в отношении его несовершеннолетнего соучастника с привлечением другого несовершеннолетнего лица. В связи с этим осужденный утверждал, что положения статьи 17 «Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» ФЗ об ОРД, как допускающие возможность привлечения несовершеннолетних к участию в ОРМ в целях получения доказательств виновности в совершении преступления, не соответствуют ст. 2, ч. 1 ст. 46, ч. 2 ст. 50 Конституции РФ.

¹ За время существования Конституционного Суда РФ им принято более 220 актов по вопросам ОРД. Подр.: Железняк Н.С. Оперативно-розыскная деятельность по делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотиков, в решениях высших судов Российской Федерации : обзор судебной практики. Красноярск : СибЮИ МВД России, 2017; Бахта А.С., Вагин О.А., Чечётин А.Е. Вопросы оперативно-розыскной деятельности в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : научно-практическое пособие. Хабаровск : Дальневосточный юридический институт МВД России, 2012; Организация подготовки и проведения оперативно-розыскных мероприятий (с использованием правовых позиций Конституционного Суда России) : методическое пособие / под ред. А.Е. Чечётина. М.: ДГСК МВД России, 2014; Вагин О.А., Чечётин А.Е., Шахматов А.В. Практика применения Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» в решениях Конституционного Суда Российской Федерации : учебно-методическое пособие. СПб.: Университет МВД России, 2010.

КС РФ в определении от 23.06.2016 № 1323-О¹ разъяснил, что согласно статье 17 ФЗ об ОРД отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению ОРМ с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту (часть первая); органы, осуществляющие ОРД, могут заключать контракты с совершеннолетними дееспособными лицами независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений (часть вторая).

Таким образом, *указанные положения* ограничивают использование содействия *несовершеннолетних лиц* органам, осуществляющим ОРД, исключая возможность заключения с ними контракта, но *не запрещают использование их содействия для подготовки или проведения оперативно-розыскных мероприятий на бесконтрактной основе*. Само по себе содействие частных лиц в проведении таких мероприятий не может рассматриваться в качестве ограничения прав заявителя (определения от 27.05.2010 № 681-О-О, от 19.06.2012 № 1187-О и от 22.12.2015 № 2875-О).

Таким образом, закон не закрепляет возрастных ограничений для привлечения на бесконтрактной основе лиц к решению задач ОРД.

2. Вторая проблема – определение возможности участия в ОРМ (в том числе проверочной закупке) лиц, употребляющих наркотики. Например, О.В. Федченко, привлеченный к уголовной ответственности за покушение на незаконный сбыт наркотических средств, в своей жалобе в КС РФ оспаривает конституционность положений статьи 17 ФЗ об ОРД и статьи 49 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах», которые, по его мнению, противоречат ст. 2, 17-19, 21, 23, 41, 45, 46 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, поскольку позволяют органу, осуществляющему ОРД, привлекать к участию в ОРМ, направленном на выявление преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, лицо, употребляющее наркотики и имеющее непогашенную судимость.

В определении КС РФ от 19.06.2012 № 1187-О² отмечено, что ст. 17 ФЗ об ОРД *предусматривает возможность использования органа-*

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Полякова Алексея Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 23.06.2016 № 1323-О.

² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Федченко Олега Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статьи 49 Феде-

ми, осуществляющими ОРД, содействия отдельных граждан в подготовке и проведении ОРМ, в том числе на конфиденциальной основе, которое может осуществляться только с согласия этих граждан. Сами же ОРМ проводятся уполномоченными органами и их должностными лицами на основаниях и в порядке, установленных законом. Соответственно, само по себе содействие частных лиц в проведении таких мероприятий не может рассматриваться в качестве ограничения прав заявителя.

Таким образом, периодически проявляемое девиантное поведение отдельных лиц (в частности, потребление наркотиков) не является препятствием для их использования в подготовке и проведении ОРМ.

3. Третья проблема – привлечение лица к проведению ОРМ без заключения с ним контракта.

А.В. Дворянкин, осужденный приговором суда за приготовление и покушение на незаконный сбыт наркотических средств, оспаривал конституционность части седьмой ст. 8 «Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий» и ст. 17 «Содействие граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность» ФЗ об ОРД, которые, по его мнению, не соответствуют чч. 1 и 2 ст. 19 Конституции РФ, поскольку позволяют органам, осуществляющим ОРД, привлекать отдельных лиц к участию в проведении ОРМ без заключения с ними контрактов, а совершенные при этом ими действия квалифицировать как уголовно-наказуемые деяния.

В определении КС РФ от 23.12.2014 № 2980-О¹ суд поясняет следующее: ФЗ об ОРД прямо устанавливает, что *отдельные лица могут привлекаться к подготовке или проведению ОРМ с их согласия с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим ОРД, в том числе по контракту*(ч. 1 ст. 17), *заключение которого предполагает долгосрочное сотрудничество с органами, осуществляющими ОРД, в том числе в качестве основного рода занятий, и по инициативе этих органов, что обусловлено спецификой, целью и задачами ОРД, правами и обязанностями органов ее осуществляющих, основаниями и условиями проведения ОРМ* (ст. 1, 2, 7, 8, 14 и 15). При этом *лица, содействующие органам, осуществляющим ОРД, находятся*

рального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах» : определение Конституционного Суда РФ от 19.06.2012 № 1187-О.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дворянкина Александра Васильевича на нарушение его конституционных прав положениями части седьмой статьи 8, статьи 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 23.12.2014 № 2980-О.

под защитой государства (часть первая статьи 18), независимо от наличия или отсутствия контракта.

Таким образом, использование в подготовке или проведении ОРМ лиц, не заключивших контракт о сотрудничестве с органом, осуществляющим ОРД, правомерно и не нарушает прав проверяемых или разрабатываемых.

4. Четвертая проблема связана с привлечением так называемых понятых к подготовке и проведению ОРМ.

Дело в том, что сложившаяся оперативно-розыскная практика, требования отдельных нормативных правовых актов, а иногда и просто руководителей различного уровня, прокуроров и судей вынуждают сотрудников оперативных подразделений выполнять не предусмотренные законом, но почему-то, по мнению некоторых правоприменителей, необходимые действия, связанные с привлечением к участию в ОРМ, как правило, некомпетентных «надсмотрщиков», которых и называют совершенно по-разному: понятые, представители общественности, незаинтересованные граждане и т.п. Проведенное пилотное исследование свидетельствует, что нормотворцы или указанные должностные лица, памятуя о необходимости привлечения понятых к отдельным следственным действиям, решили по аналогии применить это требование и в оперативно-розыскной сфере.

Так, в ст. 170 УПК РФ «Участие понятых» определены три варианта использования (или не использования) понятых.

В ч. 1 данной статьи *обязательное участие понятых* в следственном действии связано со ст. 182 – обыск, ч. 3.1 ст. 183 – выемка электронных носителей информации, ст. 184 – личный обыск и ст. 193 – предъявление для опознания.

Согласно ч. 2 рассматриваемой статьи в случаях, предусмотренных ст. 115, 177, 178, 181, 183 (за исключением случаев, предусмотренных ч. 3.1), ч. 5 ст. 185, ч. 7 ст. 186 и ст. 194 УПК РФ, понятые принимают участие в следственных действиях *по усмотрению следователя*.

В соответствии с ч. 3 статьи *в остальных случаях следственные действия производятся без участия понятых*, если следователь по ходатайству участников уголовного судопроизводства или по собственной инициативе не примет иное решение.

Что касается оперативной работы, то в ФЗ об ОРД понятые не упоминаются¹, однако их периодически не забывают (называя по-

¹ См.: ч. 5 ст. 6, ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД.

разному) в нормативных правовых актах ведомственного уровня¹. В связи с отсутствием в законе четкого установления по рассматриваемому вопросу необходимо обратиться к решениям высших судов Российской Федерации.

Е.Н. Раков, осужденный по приговору суда, оспаривал конституционность ч. 5 ст. 6 ФЗ об ОРД, допускающей, как считает заявитель, возможность привлечения к участию в проведении ОРМ в качестве понятых отдельных граждан, заинтересованных в их исходе. В определении КС РФ от 24.09.12 № 1738-О² указывается, что вопреки утверждению заявителя, *часть пятая статьи 6 ФЗ об ОРД не предусматривает участия в ОРМ понятых*, которые привлекаются для проведения отдельных следственных действий, направленных на собирание доказательств. Результаты же ОРМ, как неоднократно отмечал КС РФ, являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований ФЗ 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 статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции РФ (определения от 04.02.1999 № 18-О, от 25.11.2010 № 1487-О-О, от 25.01.2012 года № 167-О-О и др.).

Вывод об отсутствии понятых в ОРД позволяет судить о чрезмерности действий отдельных должностных лиц, привлекающих граждан для удостоверения факта, хода и результатов конкретного ОРМ.

5. И наконец – проблема финансирования ОРМ (в частности, проверочной закупки) содействующим лицом.

Дело в том, что в соответствии с ч. 1 ст. 19 «Финансовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности» ФЗ об ОРД обеспечение ОРД относится к расходным обязательствам Российской Федерации,

¹ Например, в п. 14 Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (название нормативного правового акта с написанием без кавычек наименования ОРМ приводится в соответствии с оригиналом), объявленной приказом МВД России от 01.04.2014 № 199, отмечается, что «для удостоверения факта, содержания, хода проведения и результатов изъятия к участию в изъятии привлекаются...не менее двух дееспособных граждан, достигших возраста восемнадцати лет...».

² 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 24.09.2012 № 1738-О.

что, на первый взгляд, означает, что иного источника финансирования ОРД закон не предусматривает.

Это предписание отметил в своей жалобе КС РФ А.А. Кралин, оспаривавший конституционность статьи 19 ФЗ об ОРД, которая, по его мнению, не соответствует ст. 19, 46, 49 и 50 Конституции РФ, поскольку в силу своей неопределенности допускает возможность использования при проведении проверочной закупки денежных средств, принадлежащих лицу, привлеченному к участию в ОРМ.

В определении КС РФ от 23.04.15 № 874-О¹ разъяснено, что ст. 19 ФЗ об ОРД регламентирует лишь финансовое обеспечение ОРД и контроль за расходованием выделенных на нее финансовых средств. *Использование же в ходе ОРМ* (в том числе проверочной закупки) *по договору или устному соглашению имущества частных лиц* (п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД), в том числе привлекаемых к проведению ОРМ органами, осуществляющими ОРД, не изменяет их содержание, основания и условия проведения, а потому и *не нарушает права лиц, в отношении которых осуществляются такие мероприятия.*

Таким образом, возможность использования имущества (в том числе финансовых средств) частных лиц для решения задач ОРД прямо закреплено в ФЗ об ОРД и поэтому является правомерным.

Рассмотрение отдельных аспектов содействия граждан органам, осуществляющим ОРД, и принятых в этой части КС РФ правовых актов приводит к двум выводам:

во-первых, нормы ФЗ об ОРД нуждаются в серьезной корректировке с целью уточнения целого ряда предписаний, касающихся в том числе помощи отдельных лиц оперативным подразделениям.

во-вторых, акты КС РФ, взвешенно разрешающего спорные либо не регламентированные в законе ситуации, нуждаются в систематическом изучении и применении в области оперативно-розыскного противодействия преступности.

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кралина Александра Александровича на нарушение его конституционных прав статьями 19 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»: определение Конституционного Суда РФ от 23.04.2015 № 874-О.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Глава IV. ОКАЗАНИЕ СОДЕЙСТВИЯ ОРГАНАМ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИМ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 14. Содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

1. Отдельные лица могут с их согласия привлекаться к решению задач оперативно-розыскной деятельности на гласной или негласной основе, возмездно или безвозмездно, в том числе по контракту.

2. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в лице уполномоченного руководителя могут заключать контракты с достигшими шестнадцатилетнего возраста вменяемыми лицами, независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального положения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений.

3. В противодействии преступлениям средней тяжести, тяжким и особо тяжким преступлениям, а также преступлениям несовершеннолетних, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, могут заключать контракты с вменяемыми лицами, достигшими четырнадцатилетнего возраста.

4. Органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений.

5. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, для решения поставленных перед ними задач вправе использовать помощь коммерческих и некоммерческих организаций, общественных объединений.

Статья 18. Социальная и правовая защита граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

Лица, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, находятся под защитой государства.

Государство гарантирует лицам, изъявившим согласие содействовать по контракту органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, выполнение своих обязательств, предусмотренных контрактом, в том числе гарантирует правовую защиту, связанную с правомерным выполнением указанными лицами общественного долга или возложенных на них обязанностей.

При возникновении реальной угрозы противоправного посягательства на жизнь, здоровье или имущество отдельных лиц в связи с их содействием органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, а равно членов их семей и близких, эти органы обязаны принять необходимые меры по предотвращению противоправных действий, установлению виновных и привлечению их к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации.

Лицо из числа членов преступной группы, совершившее противоправное деяние, не повлекшее тяжких последствий, и привлеченное к сотрудничеству с органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, активно способствовавшее раскрытию преступлений, возместившее нанесенный ущерб или иным образом загладившее причиненный вред, освобождается от уголовной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Лица, сотрудничающие с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, либо оказавшие им помощь в раскрытии преступлений или установлении лиц, их совершивших, могут получать вознаграждения и другие выплаты. Полученные указанными лицами суммы вознаграждений и другие выплаты налогами не облагаются и в декларациях о доходах не указываются.

Период сотрудничества граждан по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в качестве основного рода занятий включается в трудовой стаж граждан. Указанные лица имеют право на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В целях обеспечения безопасности лиц, сотрудничающих с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и членов их семей допускается проведение специальных мероприятий

по их защите в порядке, определяемом законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

В случае гибели лица, сотрудничающего по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в связи с его участием в проведении оперативно-розыскных мероприятий семье пострадавшего и лицам, находящимся на его иждивении, выплачивается единовременное пособие в размере десятилетнего денежного содержания погибшего и в установленном законодательством Российской Федерации порядке назначается пенсия по случаю потери кормильца.

При получении лицом, сотрудничающим по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, травмы, ранения, контузии, увечья, наступивших в связи с его участием в проведении оперативно-розыскных мероприятий и исключающих для него возможность дальнейшего сотрудничества с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, указанному лицу выплачивается единовременное пособие в размере пятилетнего денежного содержания и в установленном законодательством Российской Федерации порядке назначается пенсия по инвалидности.

При одновременном возникновении в соответствии с законодательством Российской Федерации нескольких оснований для указанных единовременных выплат в случаях, установленных настоящей статьей, выплаты осуществляются по одному основанию по выбору получателя.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Социальная и правовая защита граждан, содействующих органам, осуществляющим ОРД, складывается из государственных обязательств и государственных гарантий.

Государственные обязательства лицам, содействующим оперативным подразделениям в решении оперативно-тактических задач, заключаются в:

- выдаче им вознаграждений и других выплат, не облагаемых налогами и не указываемых в декларациях о доходах;

- наличию возможности освобождения от уголовной ответственности лиц из числа членов преступной группы, совершивших противоправное деяние, не повлекшее тяжких последствий, и привлеченных к сотрудничеству с органом, осуществляющим ОРД, активно способствовавших раскрытию преступлений, возместивших нанесенный ущерб или иным образом загладивших причиненный вред. Следует отметить, что

вышеуказанная норма вступает в противоречие с действующими уголовным и уголовно-процессуальным законами, не имеет процедурных механизмов и поэтому является декларативной;

- проведении специальных мероприятий по защите содействующих оперативным подразделениям лиц и членов их семей в целях обеспечения их безопасности. Рассматриваемое обязательство также не имеет нормативно закреплённой процедуры, финансового и ресурсного подкрепления, а поэтому не может быть реализовано.

Государственные гарантии сводятся к:

- выполнению обязательств, предусмотренных контрактом;
- правовой защите, связанной с правомерным выполнением указанных лицами общественного долга;
- включению в трудовой стаж периода сотрудничества граждан с органами, осуществляющими ОРД, как основного рода занятий;
- пенсионному обеспечению указанных лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации;
- выплате единовременного пособия близким лица, сотрудничавшего с органами, осуществляющими ОРД, в случае его гибели в связи с участием в проведении ОРМ, и назначению пенсии по случаю потери кормильца. Однако с учетом перманентного недофинансирования правоохранительных структур представляется проблематичной возможность добровольной инициации органом, осуществляющим ОРД, работы по реализации соответствующих гарантий;
- выплате единовременного пособия лицу при получении им травмы, ранения, контузии, увечья, наступивших в связи с его участием в проведении ОРМ и исключающих для него возможность дальнейшего сотрудничества с органами, осуществляющими ОРД, а также назначении пенсии по инвалидности. Имеет место неурегулированность назначения пенсии по инвалидности в подобной ситуации, не исключающей, однако, для конфиденнта возможность дальнейшего сотрудничества.

К разряду «белых пятен» следует отнести норму, зафиксированную в ч. 1 исследуемой статьи, согласно которой «лица, *содействующие* органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, находятся под защитой государства».

Во-первых, законодатель обратил защиту государства только на лиц, содействующих правоохранительной системе в настоящее время, оставив без таковой защиты лиц, ранее *содействовавших* оперативным подразделениям. Для устранения указанного пробела необходимо анализируемую фразу дополнить словосочетанием «и содействовавших».

Во-вторых, указанная норма представляется нам надуманной, поскольку государство должно обеспечивать такую защиту всем членам

общества, а не только тем лицам, которые оказывают содействие органам, осуществляющим ОРД.

«Белым пятном», на наш взгляд, является и норма, отраженная в ч.3 рассматриваемой статьи. С одной стороны, в формулировке необходимо уточнить, что является *реальной угрозой* противоправного посягательства. С другой стороны, полагаем, что принятие необходимых мер по предотвращению противоправных действий, установлению виновных и привлечению их к ответственности, предусмотренной законодательством Российской Федерации, есть обязанность компетентных правоохранительных органов безотносительно к тому, в отношении кого (содействующего оперативным подразделениям или нет) направлены такие действия. Более того, установление виновных и привлечение их к ответственности – это задача уголовного судопроизводства, а не ОРД.

Множество вопросов у исследователей возникает в связи с толкованием ч.4 статьи, которую можно отнести к категории «черных дыр». В ее формулировке отмечается, что «лицо из числа членов преступной группы, совершившее *противоправное* деяние, не повлекшее тяжких последствий,... освобождается от уголовной ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации». Следует отметить, что не всякое противоправное деяние является преступлением, а значит, не за каждое такое деяние наступает уголовная ответственность.

Если всё же указанное лицо совершило криминальное деяние незначительной тяжести, думается, данное положение ФЗ об ОРД уязвимо с трех базовых позиций.

Во-первых, основное назначение статьи будет оставаться малоэффективной, ничего не дающей декларацией до тех пор, пока в ней не будут определены основные процедурные моменты протекания соответствующего процесса (основания возбуждения процедуры, субъекты, распределение ответственности и т. п.).

Во-вторых, рассматриваемое положение Закона об ОРД должно распространяться также на **уже** содействующих оперативным подразделениям лиц, внедренных в преступную группу, поскольку в современных условиях для завоевания доверия у разрабатываемых они вынуждены осуществлять деятельность, по формальным основаниям подпадающую под понятие преступной.

В-третьих, необходима адаптация к рассматриваемой норме соответствующих положений уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Иначе говоря, для приведения ее в работоспособное состояние следует внести в вышеуказанное законодательство целый ряд дополнительных норм, позволяющих узаконить реализацию исследуемого нами обязательства.

Основываясь на приведенных доводах, представляется возможным предложить рекомендацию по изменению редакции ст. 18 ФЗ об ОРД в рамках обстоятельств, определяемых ее частью 4. Кроме того, исходя из содержания рассматриваемой нормы, можно сделать вывод о том, что ее применение и освобождение лица от уголовной ответственности допустимы лишь при наличии совокупности четко указанных в ФЗ об ОРД обстоятельств. Причем **все** они должны быть определены официально, доказаны в установленном уголовно-процессуальном законодательством порядке. В противном случае решение об освобождении лица от уголовной ответственности принято быть не может, так как для этого не будет необходимых оснований.

Гипотетически можно предположить, что доказывание факта негласного содействия лица ОВД и не обязательно. Достаточно установить наличие всех (или определенной совокупности) других обстоятельств. Но в таком случае данная норма закона теряет свой смысл, ее применение становится возможным к любому лицу, не являющемуся конфидентом. Напротив, если же для освобождения от уголовной ответственности официальное установление факта его сотрудничества является обязательным, то доказывание вышеупомянутого обстоятельства ведет к расшифровке такого лица со всеми вытекающими из этого отрицательными последствиями.

Исходя из изложенного, следует отметить, что вышеуказанная норма, закрепленная в оперативно-розыскном законодательстве, вступает в противоречие с действующими уголовным и уголовно-процессуальным законами, не имеет процедурных механизмов и поэтому является декларативной.

«Белым пятном» выступает формулировка ч. 5, которая ограничивает возможность получения вознаграждения или иных выплат только лицами, оказавшими «помощь в *раскрытии* преступлений или установлении лиц, их совершивших». Таким образом, законодатель в исследуемой норме не отразил участие указанных лиц в решении других задач ОРД (предупреждение преступлений, добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу безопасности Российской Федерации и т.п.). Устранение выявленного недостатка возможно посредством включения отмеченных категорий в формулировку данной нормы.

Перу австрийского политолога и экономиста Ф. Хайека принадлежит следующее изречение, характеризующее содержание нормы, зафиксированной в ч. 5 рассматриваемой статьи: «В любой системе, при которой распределение людей по роду их занятий опирается на их собственный выбор, вознаграждение за труд непременно должно определяться пользой, приносимой ими другим членам общества, даже если польза

эта не имеет никакого отношения к их субъективным усилиям и достоинствам». Иными словами, подавляющее большинство лиц, желающих оказывать содействие оперативным подразделениям в решении задач ОРД, ориентируется на адекватное результатам их работы вознаграждение со стороны правоохранительных органов, которое фактически оказывается во много раз меньше предполагаемого.

К категории «белых пятен» относится и норма, сформулированная в ч. 7 исследуемой статьи, согласно которой для обеспечения безопасности содействующих оперативным подразделениям лиц *и членов их семей* допускается проведение специальных мероприятий по их защите. Указанная норма частично вступает в противоречие с ч.3 рассматриваемой статьи, поскольку в одном случае категория защищаемых лиц ограничивается лишь содействующими правоохранительной системе и членами их семей, в другом же – она расширена за счет *близких*. Для устранения указанного разногласия, на наш взгляд, следует включить в ч. 7 не только членов семей, но и близких тех лиц, которые содействуют органам, осуществляющим ОРД. Кроме того, категорию защищаемых лиц необходимо дополнить лицами, ранее *содействовавшими* указанной системе.

К «белому пятну» следует отнести и ряд терминов, применяемых законодателем для формулировки ч. 8 анализируемой статьи. Поскольку там речь идет о случае гибели лица, оказывавшего помощь оперативным подразделениям по контракту, постольку в формулировке вместо слова «сотрудничающего» (т.е. причастия настоящего времени) должно использоваться «сотрудничавшего» (т.е. причастие прошедшего времени), а вместо словосочетания «находящимся на его иждивении» (где употреблено причастие настоящего времени) должно применяться «находившимся на его иждивении» (т.е. употребить причастие прошедшего времени).

Государственные гарантии ориентированы только на граждан, оказывающих содействие оперативным подразделениям на контрактной основе, что представляется несправедливым по отношению к иным лицам, приносящим правоохранительным органам в процессе содействия ничуть не меньше пользы. Поэтому существующую ситуацию в области социальной и правовой защиты содействующих субъектам ОРД лиц можно описать словами неизвестного автора: «Всё не так плохо, как кажется. Всё гораздо хуже».

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 15. Социальная и правовая защита лиц, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность

1. Лица, содействующие либо содействовавшие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, а также их близкие при возникновении угрозы их жизни, здоровью, собственности подлежат специальной государственной защите в порядке, определяемом законодательными и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

2. Государство гарантирует лицам, содействующим по контракту органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, выполнение своих обязательств, предусмотренных контрактом.

3. Лицу, совершившему противоправное деяние, но оказавшему содействие органу, осуществляющему оперативно-розыскную деятельность, в решении ее задач, в соответствии с законодательством Российской Федерации может быть снижено уголовное наказание либо оно может быть освобождено от уголовной ответственности.

4. Лица, содействующие указанным органам, либо оказавшие им помощь в решении задач оперативно-розыскной деятельности, могут получать вознаграждения и другие выплаты, не облагаемые налогами и не указываемые в декларациях о доходах.

5. Период содействия лиц по контракту органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в качестве основного рода занятий включается в страховой стаж указанных лиц с возникновением права на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации.

6. В случае гибели содействовавшего указанным органам лица в связи с его участием в решении задач оперативно-розыскной деятельности семье пострадавшего и лицам, находившимся на его иждивении, выплачивается единовременное пособие и в установленном законодательством Российской Федерации

порядке назначается пенсия по случаю потери кормильца.

7. При получении лицом, содействующим указанным органам, травмы, ранения, контузии, увечья, заболевания, наступивших в связи с его участием в решении задач оперативно-розыскной деятельности, указанному лицу в зависимости от тяжести возникших в связи с этим последствий выплачивается единовременное пособие и в установленном законодательством Российской Федерации порядке назначается пенсия по инвалидности.

8. Размер единовременного пособия исчисляется в соответствии с положениями нормативного правового акта Российской Федерации, не подлежащего засекречиванию.

9. В случае, если погибшее или травмированное лицо не получало ежемесячного денежного содержания, расчет размера единовременного пособия осуществляется с учетом среднего ежемесячного содержания, установленного содействующим правоохранительному органу лицам в данном территориальном образовании.

ГЛАВА V. ФИНАНСОВОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Статья 19. Финансовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности

Обеспечение ОРД, в том числе социальной и правовой защиты граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность в соответствии с настоящим Федеральным законом, относится к расходным обязательствам Российской Федерации и осуществляется в порядке, устанавливаемом руководителями государственных органов, оперативные подразделения которых уполномочены осуществлять эту деятельность.

Утратила силу – Федеральный закон от 22.08.2004 №122-ФЗ.

Контроль за расходованием финансовых средств, выделенных на оперативно-розыскную деятельность, осуществляется руководителями государственных органов, в состав которых входят оперативные подразделения, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, а также специально уполномоченными на то представителями Министерства финансов Российской Федерации.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

«Государственные финансы – это искусство передавать деньги из рук в руки до тех пор, пока они не исчезнут», – отмечал американский политический деятель Р. Сарнофф. В какой-то мере это выражение характерно и для российского бюджета, однако область финансирования ОРД в нашей стране является настолько незначительной, что не оказывает какого-либо влияния на его расходную часть. Безусловно, в первую очередь это связано с хроническим российским безденежьем. «Все мы находимся за чертой бедности, только по разные ее стороны», – свидетельствует российский писатель М. Генин. Действительно, государственным структурам, уполномоченным на осуществление ОРД, из федерального бюджета выделяются некоторые денежные средства на так называемые «оперативные расходы». Эти средства являются составной частью ассигнований, выделяемых конкретному государственному органу в соответствии с его ежегодными заявками и возможностями правительства.

В комментируемой статье понятие «расход финансовых средств» не раскрывается, его виды не устанавливаются, их целевое назначение не конкретизируется. Согласно положениям ведомственных нормативных правовых актов расходы состоят из:

- затрат на подготовку и проведение оперативно-розыскных и иных мероприятий;
- разовых и иных денежных вознаграждений лицам, оказавшим результативное содействие в решении задач ОРД;
- ежемесячного денежного содержания лицам, оказывающим субъектам ОРД содействие на контрактной основе;
- возмещения затрат содействующим субъектам ОРД лицам в связи с выполнением ими заданий и поручений;
- расходов, связанных с финансированием мероприятий по созданию легендированных объектов;
- выплат и компенсаций, предусмотренных законодательством по социальной защите рабочих и служащих, и некоторых других.

Размеры денежных выплат и расходов, процедуры их санкционирования и контроля за расходованием денежных средств определены в соответствующих ведомственных нормативных правовых актах субъектов ОРД, а также Министерства финансов России.

«Чем меньше мы знаем, тем больше подозреваем», – отмечал известный автор. Знание основных статей оперативных расходов и осознание их мизерности для организации эффективной ОРД позволяет читателю перейти от необоснованных подозрений в многомиллионных тратах на оперативные нужды к пониманию того, что одной из причин неудовлетворительной работы рассматриваемых субъектов является неадекватность финансирования ОРД оперативной обстановке, сложившейся в стране.

Что касается законодательных пробелов, то в ч.1 рассматриваемой статьи выделяемые финансовые средства законодателем распределены на *«обеспечение оперативно-розыскной деятельности, в том числе социальной и правовой защиты граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность»*. В связи с этим возникает закономерный вопрос, касающийся социальной и правовой защиты должностных лиц указанных органов. Весьма условно их социальную и правовую защиту можно отнести к обеспечению собственно ОРД, тем более их ни в коей мере нельзя идентифицировать с содействующими рассматриваемым органам гражданами.

Таким образом, для устранения указанного пробела правомерным было бы изменить анализируемую формулировку следующим образом: *«обеспечение оперативно-розыскной деятельности, в том числе социальной и правовой защиты должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и содействующих им граждан...»*.

«Белым пятном», на наш взгляд, выступает также положение, гласящее, что обеспечение ОРД «относится к расходным обязательствам

Российской Федерации». Проще говоря, денежные средства на подготовку и проведение ОРМ выделяются из федерального бюджета. Такой подход законодателя следует только приветствовать, однако в практике деятельности органов, осуществляющих ОРД, иногда возникают ситуации, когда требующее финансирования мероприятие необходимо провести незамедлительно. В связи с этим сотрудники оперативных подразделений зачастую пытаются материально обеспечить проведение такого мероприятия из собственных средств или (в случае, когда необходима значительная сумма денег, получение которой может быть санкционировано соответствующими руководителями органов, осуществляющих ОРД) по договоренности с полномочными представителями какого-либо юридического лица. В результате возникает ситуация, при которой полученные в ходе мероприятия фактические данные при их вовлечении в процесс доказывания признаются судами юридически ничтожными. Аргументом этого выступает нарушение оперативным подразделением ч.1 ст.19 ФЗ об ОРД, т.е. использование денежных средств на ОРД из источника, не указанного в законе.

Выходом из создавшегося положения представляется дополнение рассматриваемой нормы фразой: «В случаях, которые не терпят отлагательства, органы, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности, по устной или письменной договоренности могут использовать для финансирования оперативно-розыскной деятельности денежные средства из иных источников с последующим их возмещением из средств федерального бюджета».

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 17. Финансовое и иное ресурсное обеспечение оперативно-розыскной деятельности

1. Финансовое и иное ресурсное обеспечение оперативно-розыскной деятельности относится к расходным обязательствам Российской Федерации и осуществляется в порядке, устанавливаемом уполномоченными руководителями государственных органов, оперативные подразделения и должностные лица которых правомочны осуществлять указанную деятельность.

2. В исключительных случаях, связанных с необходимостью оперативного решения стоящих перед правоохранительным органом задач, по утвержденному уполномоченным руководителем указанного органа постановлению допускается привлечение на

добровольной основе денежных средств или иного имущества физических и юридических лиц с последующим полным возмещением государством понесенных ими затрат, за исключением заранее обещанного вознаграждения, выплачиваемого гражданами и юридическими лицами за решение задач по раскрытию преступлений, розыску преступников или похищенного имущества. Сроки и порядок компенсации указанных затрат регламентируются не подлежащими засекречиванию нормативными правовыми актами федеральных органов государственной власти.

3. Разрешается приобретение и использование в учебных и научных целях специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, образовательными и научно-исследовательскими учреждениями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

4. Перечень видов специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности, устанавливается Правительством Российской Федерации.

5. Разработка, производство, реализация и приобретение в целях продажи специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, индивидуальными предпринимателями и юридическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, подлежат лицензированию в соответствии с законодательством Российской Федерации.

6. Ввоз в Российскую Федерацию и вывоз за ее пределы специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации, не уполномоченными на осуществление оперативно-розыскной деятельности физическими и юридическими лицами подлежат лицензированию в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации.

ГЛАВА VI. КОНТРОЛЬ И НАДЗОР ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Статья 20. Контроль за оперативно-розыскной деятельностью

Контроль за оперативно-розыскной деятельностью осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное собрание Российской Федерации, Правительство Российской Федерации в пределах полномочий, определяемых Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Контроль за ОРД Президентом России осуществляется через аппарат Администрации Президента и Совета Безопасности Российской Федерации. Кроме того, Президент вносит соответствующие законопроекты в Государственную Думу, подписывает федеральные законы, издает указы и распоряжения, по предложению председателя Правительства назначает на должность и освобождает от должности руководителей министерств и ведомств, уполномоченных на осуществление ОРД.

В соответствии с ч.3 Конституции России Совет Федерации и государственная Дума образуют комитеты и комиссии, проводят парламентские слушания, в том числе по вопросам контроля за ОРД. Они же образуют Счетную палату, которая, выполняя и другие функции, контролирует обоснованность выделения денежных средств на ОРД, правильность и эффективность их использования. Американский актер Ф. Аллен считает, что «комитет – группа лиц, каждое из которых ничего не способно сделать, а все вместе они решают, что ничего сделать нельзя». Данный афоризм в какой-то мере применим к российской ситуации, ибо практике не известны факты непосредственного участия членов профильных комитетов Федерального Собрания в контроле за ОРД.

Правительство Российской Федерации как субъект исполнительной власти устанавливает основные направления деятельности и организует работу входящих в его состав министерств и ведомств, уполномоченных на осуществление ОРД, определяет их бюджет и гарантирует его исполнение, издает соответствующие постановления и распоряжения, осуществляет контроль в сфере ОРД, заслушивая в этих целях должностных лиц. Вместе с тем совокупность отмеченных действий правительства по качественному критерию можно охарактеризовать следующим изречением Рональда Рейгана: «Правительство как грудной младенец: чудовищный аппетит на одном конце и полная безответственность на другом».

Указанным контролирующим органам и должностным лицам предоставляется любая запрошенная информация, за исключением сведений, указанных в ч.2 ст.12 ФЗ об ОРД.

Пробелов, значительно влияющих на деятельность органов, осуществляющих ОРД, в данной статье автором не обнаружено. Но, поскольку в научных изданиях не утихает полемика, связанная с уточнением вопроса о наличии или отсутствии судебного контроля за ОРД, автор полагает необходимым обратиться к данной проблеме.

Такие ученые, как В.А. Азаров, А.Е. Чечётин и некоторые другие, полагают, что судебный контроль имеет место, ссылаясь при этом для аргументирования своей позиции, в первую очередь, на положения ч.3-7 ст.5, ч. 2,3,6 ст.8, ст.9 ФЗ об ОРД. При этом основным аргументом в споре выступает положение ч.6 ст.8 ФЗ об ОРД, согласно которому «в случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их согласия в письменной форме разрешается прослушивание переговоров, ведущихся с их телефонов, на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, *с обязательным уведомлением соответствующего суда (судьи) в течение 48 часов*».

Законодатель не уточняет смысл рассматриваемой нормы. Логика подсказывает, что если гражданин добровольно в письменной форме соглашается с ограничением своего конституционного права на тайну телефонных переговоров путем их прослушивания компетентными органами, то здесь не может идти речь о нарушении рассматриваемого права, в связи с чем непонятна роль уведомляемого об этом оперативными подразделениями суда. С другой стороны, ФЗ об ОРД рассматривает только два случая предоставления суду информации об ОРД: о проведении ОРМ, ограничивающих права и свободы граждан, при отказе органа, уполномоченного на осуществление ОРД, сообщить такие сведения по запросу гражданина, и в связи с обжалованием последним этого решения в судебном порядке (ч. 4 ст. 5); при подготовке ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы граждан, и оформлении соответствующих материалов, инициирующих судебное решение (чч.1-3 ст.9).

Другие специалисты (и к их числу относится автор данной работы) считают, что судебный контроль за ОРД не осуществляется и не может осуществляться. В основу аргументации такой позиции могут быть положены следующие рассуждения.

Во-первых, ФЗ об ОРД подразделяет контроль за оперативно-розыскной деятельностью на два вида: контроль (ст.20) и ведомственный контроль (ст.22). Поскольку ведомственный контроль может осу-

ществляться лишь в рамках какого-либо ведомства, обладающего в соответствии со ст.13 ФЗ об ОРД оперативно-розыскными функциями (а судебная система в ней не зафиксирована), постольку судебные органы не могут осуществлять ведомственный контроль. Что касается общего контроля за ОРД, то в ст.20 законодателем он возложен на Президента, Федеральное собрание и Правительство Российской Федерации в пределах предоставленных им полномочий. Мы видим, что ни к одной из указанных структур суд не имеет прямого отношения, поскольку принадлежит к иной ветви власти.

Во-вторых, отраженные в ФЗ об ОРД функции суда по обеспечению соблюдения прав и свобод человека и гражданина при осуществлении ОРД (ст.5) и охраны основополагающих ценностей при выдаче разрешений на их ограничение (ст.8,9) имеют бессистемный характер и поэтому не могут охватываться понятием контрольной деятельности.

В-третьих, ни в одном законодательном акте Российской Федерации (в том числе и в Конституции) не отражены полномочия суда по осуществлению контроля за ОРД.

И, наконец, в-четвертых, контрольная функция (в отличие от надзорной) предполагает непосредственное вмешательство контролирующего органа (его должностного лица) в деятельность контролируемого. Оценка судебного «присутствия» в решении задач ОРД демонстрирует отсутствие у него функции контроля ОРД.

Все это свидетельствует об отсутствии у судов функции по осуществлению контроля ОРД.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 21. Контроль оперативно-розыскной деятельности

1. Общий контроль оперативно-розыскной деятельности осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание Российской Федерации, Правительство Российской Федерации в пределах полномочий, определяемых Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами.

2. Ведомственный контроль оперативно-розыскной деятельности организуют и реализуют уполномоченные руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их оперативных подразделений.

3. Контроль расходования финансовых средств и иных ресурсов, выделенных на оперативно-розыскную деятельность, осуществляется руководителями государственных органов, в состав которых входят оперативные подразделения, а также специально уполномоченными на то представителями Министерства финансов Российской Федерации.

Статья 21. Прокурорский надзор за оперативно-розыскной деятельностью

Прокурорский надзор за исполнением настоящего Федерального закона осуществляют Генеральный прокурор Российской Федерации и уполномоченные им прокуроры.

По требованию указанных прокуроров руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, представляют им оперативно-служебные документы, включающие в себя дела оперативного учета, материалы о проведении оперативно-розыскных мероприятий с использованием оперативно-технических средств, а также учетно-регистрационную документацию и ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих содействие этим органам на конфиденциальной основе, представляются соответствующим прокурорам только с письменного согласия перечисленных лиц, за исключением случаев, требующих их привлечения к уголовной ответственности.

Прокуроры, указанные в части первой настоящей статьи, обеспечивают защиту сведений, содержащихся в представленных документах и материалах.

Неисполнение законных требований прокурора, вытекающих из его полномочий по надзору за оперативно-розыскной деятельностью, влечет за собой установленную законом ответственность.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Принято различать следующие отрасли прокурорского надзора (ФЗ о прокуратуре):

– надзор за исполнением законов федеральными министерствами, государственными комитетами, службами и иными федеральными органами исполнительной власти, представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций, а также за соответствием законам издаваемых ими правовых актов;

– надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина федеральными министерствами, государственными комитетами, службами и иными федеральными органами исполнительной власти, пред-

ставительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, а также органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций;

– надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие;

– надзор за исполнением законов судебными приставами;

– надзор за исполнением законов администрациями органов и учреждений, исполняющих наказание и применяющих назначаемые судом меры принудительного характера, администрациями мест содержания задержанных и заключенных под стражу.

Согласно ч. 2 ст. 1 ФЗ о прокуратуре она осуществляет надзор... **«за исполнением законов** органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность...».

Словосочетание «исполнение законов» свидетельствует, что надзорная деятельность прокуратуры должна ограничиваться сферой исполнения именно законов, а не любых нормативных правовых актов (в том числе принятых Генеральной прокуратурой России или МВД России).

Однако практика рассматриваемой надзорной деятельности свидетельствует, что большая часть предъявляемых прокуратурой требований направлена на устранение нарушений подзаконных актов МВД России либо вообще представляет собственное видение прокурором организации и тактики ОРД по конкретным делам оперативного учета. В связи с этим руководителям и сотрудникам оперативных подразделений следует иметь ввиду, что в соответствии с п. 1 совместного указания Генеральной прокуратуры и МВД России¹ «...вопросы, касающиеся организации, тактики, методов и средств осуществления оперативно-розыскной деятельности *в предмет прокурорского надзора не входят*...».

В соответствии со ст. 3 ФЗ о прокуратуре **«организация и порядок деятельности** прокуратуры Российской Федерации и **полномочия прокуроров** определяются Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами, международными договорами Российской Федерации».

¹ О порядке представления органами внутренних дел оперативно-служебных документов с целью осуществления надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности : указание Генеральной прокуратуры РФ и МВД РФ от 29.09.2008 № 215/69, 1/7818.

Данное положение свидетельствует, что никакие иные акты (в том числе и ведомственного характера) не могут регламентировать полномочия прокуроров, в том числе по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Вместе с тем эта деятельность строится в соответствии с положениями приказа от 21.12.2007 № 207 «Об организации прокурорского надзора за исполнением федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"», пп. «в» и «г» п. 5, пп. «а», «б», «в» п. 6, п. 7, пп. «в» и «ж» п. 9 которого *противоречат сущности положений* ч. 2 ст. 1, чч. 1 и 2 ст. 3, ч. 2 ст. 21, ст. 29, ч. 1 ст. 30 ФЗ о прокуратуре.

Согласно ч. 2 ст. 21 ФЗ о прокуратуре «проверки исполнения законов **проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором**». Однако ни в одном из известных нам актов прокурорского реагирования не указаны основания для проведения проверки (поступившая информация), что противоречит сути указанной выше нормы закона.

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 данной фразы и нормативных правовых актов в области ОРД делает возможными следующие выводы:

- процедуры выполнения ОРМ не регламентированы в ФЗ об ОРД и только частично упомянуты в ведомственных нормативных актах, что не позволяет оценить их соответствие «установленному порядку»;
- значительная доля отмеченных в представлениях и протестах недочетов связана с определением мер в области организации и тактики проведения ОРМ, выходящих за предмет прокурорского надзора;
- подавляющая часть решений органами, осуществляющими ОРД, принимается в соответствии не с законодательными положениями, а с нормами ведомственных актов органов, осуществляющих ОРД, что не позволяет вести речь о соответствии их законодательству.

В соответствии с ч. 1 ст. 30 «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 ОРД;

- отсылает правоприменителя к ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», где в ст. 21 отсутствует перечень таких полномочий, а лишь отмечается, какие документы должны быть представлены прокурору при осуществлении им надзорной деятельности.

Таким образом, полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими ОРД, законодательно не закреплены.

В предмет прокурорского надзора не входит проверка законности и обоснованности возбуждения органом, осуществляющим ОРД, ходатайства о проведении ОРМ, связанного с ограничением конституционных прав граждан, а также законности решения судьи по результатам рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении ОРМ.

В качестве «белого пятна» выступает формулировка ч. 2 рассматриваемой статьи. В целом она отвечает требованиям, предъявляемым к надзорным функциям прокуратуры. Вместе с тем из формулировки, указывающей на перечень материалов, представляемых прокурорам руководителями органов, осуществляющих ОРД, на наш взгляд, следует исключить словосочетание «с использованием оперативно-технических средств». Действующая норма позволяет руководителям органов, уполномоченных на осуществление ОРД, не представлять прокурорам оперативно-служебные документы, в которых фиксируются основания, условия и результаты проведения любых ОРМ (за исключением тех, при проведении которых использовались оперативно-технические средства). До настоящего времени не решен вопрос о цели предоставления указанных документов надзирающим прокурорам. Если речь идет о выявлении фактов нарушения законов со стороны органов, осуществляющих ОРД, то представляется сомнительным, что изучение данных документов позволит это сделать, поскольку подавляющая часть из них опять же касается вопросов организации и тактики ОРД. И уж совсем не соответствующими сути прокурорского надзора выступают многочисленные попытки надзирающих прокуроров оценить качество работы сотрудников оперативных подразделений по конкретным делам либо дать указания о проведении каких-либо дополнительных ОРМ, своевременное непроведение которых, по мнению надзирающих лиц, является нарушением закона (какого? – Н.Ж., А.Д.) со стороны сотрудников оперативных подразделений.

По фактам установления нарушений закона, допущенных в ходе ОРД, прокурор может внести представление в адрес органа, осуществляющего ОРД (по аналогии с порядком внесения представлений, предусмотренных ст.24 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»), и протест. При наличии оснований прокурор вправе также направить в Следственный комитет при Генеральной прокуратуре РФ материалы для возбуждения уголовного дела. Короче говоря, суть работы прокурора может быть охарактеризована следующим высказыванием американского политического деятеля Т. Джефферсона: «Профессия юриста состоит в том, чтобы всё ставить под сомнение, ни с чем не соглашаться и без конца говорить».

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 22. Прокурорский надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность

1. Прокурорский надзор за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, реализуют Генеральный прокурор Российской Федерации и уполномоченные им прокуроры.

2. Проверки исполнения законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, проводятся на основании поступившей в органы прокуратуры информации о фактах нарушения законов, требующих принятия мер прокурором.

3. При наличии у прокурора сведений о нарушении закона в ходе оперативно-розыскной деятельности правомочные руководители осуществляющих ее органов или уполномоченные ими сотрудники по его требованию представляют оперативно-служебные документы, касающиеся предмета прокурорской проверки, и ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие проверяемую деятельность.

4. Организация и тактика оперативно-розыскной деятельности, ее средства и методы не входят в предмет прокурорского надзора.

5. Сведения о лицах, внедренных в преступные группы и к отдельным преступникам, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих

оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших содействие этим органам на конфиденциальной основе, представляются соответствующим прокурорам только с письменного согласия перечисленных лиц.

6. Прокуроры, указанные в части первой настоящей статьи, обеспечивают защиту сведений, содержащихся в представленных документах и материалах. Необеспечение прокурорами защиты этих сведений, равно как и неисполнение уполномоченными руководителями и сотрудниками органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, законных требований, вытекающих из надзорных полномочий прокурора, влечет за собой установленную законом ответственность.

Статья 22. Ведомственный контроль за оперативно-розыскной деятельностью

Руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, несут персональную ответственность за соблюдение законности при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Ведомственный контроль за ОРД организуют руководители органов, осуществляющих ОРД, и иные должностные лица на основании ФЗ об ОРД и ведомственных нормативных правовых актов. Под иными должностными лицами подразумеваются имеющие соответствующие допуски сотрудники включенных в ст.13 ФЗ об ОРД министерств и ведомств, в обязанности которых входит осуществление контроля за проведением ОРД нижестоящими подразделениями, а также наделенные контролирующими и инспектирующими функциями сотрудники иных структур (например, аппарата Администрации Президента, Совета Федерации и Государственной Думы, министерства финансов и пр.). О них, по выражению французского государственного деятеля А. Агессо, обыватели преимущественно судят следующим образом: «Должностям оказывают уважение, в котором отказывают лицу».

Контроль осуществляется, как правило, посредством изучения оперативно-служебных документов. При этом контролю подвержены не только исполнители, но и руководители, санкционирующие те или иные действия подчиненных, дающие приказы и указания в оперативно-розыскной сфере.

По выявленным в ходе контроля нарушениям проводится служебная проверка и по ее результатам принимаются соответствующие меры дисциплинарного, уголовного или гражданско-правового характера.

«Черной дырой» является, по нашему мнению, норма, зафиксированная в анализируемой статье ФЗ об ОРД. Предложенная законодателем формулировка представляется некорректной с двух позиций. Во-первых, согласно ей, руководители органов, осуществляющих ОРД, несут персональную ответственность лишь *за соблюдение законности* при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий. Следуя данному установлению, они не должны нести ответственности, например, за соблюдение конспирации при осуществлении ОРМ. Во-вторых, существенно снижает степень их ответственности заключительное словосочетание фразы «при организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий». Действительно, ОРМ являются ключевым звеном ОРД, однако суть такой деятельности только подготовкой и про-

ведением ОРМ не исчерпывается. Анализируемая же норма в ее нынешнем виде значительно ограничивает возможности ведомственного контроля со стороны уполномоченных законом руководителей за такими сферами деятельности, как организационно-штатное построение оперативных подразделений, планирование, работа с конфидентами и т.п. Кроме того, в положении никак не отмечена контрольная функция руководителей оперативных подразделений. Для устранения отмеченного недостатка следует предложить исследуемую формулировку в новой редакции, согласно которой «руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их оперативных подразделений в пределах своей компетенции осуществляют контроль за организацией и осуществлением оперативно-розыскной деятельности».

ПРЕДЛАГАЕТСЯ ИСКЛЮЧИТЬ СТАТЬЮ ИЗ ЗАКОНА

Статья 23. Вступление в силу настоящего Федерального закона
Настоящий Федеральный закон вступает в силу со дня его официального опубликования.

Признать утратившим силу со дня введения в действие настоящего Федерального закона Закон Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации» (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, №17, ст.892; №33, ст.1912).

Предложить Президенту Российской Федерации и поручить Правительству российской Федерации привести их нормативные правовые акты в соответствие с настоящим Федеральным законом.

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Подписанные Президентом РФ законы публикуются в еженедельном официальном издании «Собрание законодательства Российской Федерации» в соответствии с Федеральным законом от 14.06.1994 № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания».

Наиболее доступным и полезным для граждан источником ознакомления с официально опубликованными законодательными актами является «Российская газета», ибо, по мнению русского историка В.О. Ключевского, «газета приучает читателя размышлять о том, чего он не знает, и знать то, что не понимает».

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 23. Вступление в силу настоящего Федерального закона

1. Настоящий федеральный закон вступает в силу со дня его официального опубликования.

2. Признать утратившим силу со дня введения в действие настоящего Федерального закона Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ.

3. Предложить Президенту Российской Федерации и поручить Правительству Российской Федерации привести их нормативные правовые акты в соответствие с настоящим Федеральным законом.

СТАТЬЯ АВТОРСКОЙ РЕДАКЦИИ ЗАКОНА, НЕ НАШЕДШАЯ ОТРАЖЕНИЯ В ДЕЙСТВУЮЩЕМ ФЕДЕРАЛЬНОМ ЗАКОНЕ «ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»

АВТОРСКИЙ КОММЕНТАРИЙ

Применяемая законодателем терминология, особенно в тексте такого специфического закона, регулирующего преимущественно негласную деятельность, вне сомнения, нуждается в разъяснениях. Примером этому может служить УПК РФ, ст. 5 которого «Основные понятия, используемые в настоящем кодексе» предлагает определения 73 терминов, часть из которых сразу употреблялись в принятом в 2001 году законе, другие – были помещены туда позже. К несколько иному подходу прибег законодатель в УК РФ, где при отсутствии специальной статьи содержание терминов раскрывается в отдельных разделах нормативного правового акта¹.

Применительно к рассматриваемой проблеме встречаются и различные позиции у специалистов в области ОРД. Так, в серьезной работе представителя омской академической школы профессора В.Ф. Луговика, предлагающего не только значительные изменения в существующие нормы закона, но и его кодификацию², автором с одной стороны, отмечается, что «в закон целесообразно включить статью «Основные понятия, используемые в настоящем законе», где необходимо пояснить ключевые термины, которые можно и нужно наполнить правовым смыслом в отдельной дефиниции». Вместе с тем ниже он, на наш взгляд, проявляет определенную непоследовательность, предлагая «признать необоснованными попытки дать нормативные правовые дефиниции оперативно-розыскному мероприятию как родовому понятию и отдельным методам ОРД». В качестве аргумента автором используется отсутствие подобных определений понятий «следственное действие», «допрос», «обыск» и т.п. в УПК РФ.

Памятуя о том, что УПК РФ с самого зарождения – еще в проекте и после вступления в действие – многократно подвергался резкой критике, в первую очередь со стороны процессуалистов – бесспорных специалистов в этой области, а также исследователей в сфере пограничных

¹ См., например, статьи Общей часть УК РФ: 14 «Понятие преступления», 15 «Категории преступлений», и др., Особенной части: 105 «Убийство», 158 «Кража», 276 «Шпионаж» и др.

² Луговик В.Ф. Указ. соч.

научных знаний в том числе за отсутствие определений ряда понятий или допущенные в них неточности, предложенный автором аргумент следует признать недостаточно убедительным. И что было бы плохого в том, если в оперативно-розыскном законе было бы дано определение одного из ключевых понятий «оперативно-розыскное мероприятие», а также оперативно-розыскных методов, с незапамятных времен применяемых в оперативно-розыскной практике?

Исследование ряда профильных законодательных актов наших ближайших соседей – отдельных государств Европы и Азии¹ свидетельствует, что подавляющее большинство из них все же придерживается схожей с нашей позиции, заключающейся в систематизации ОРМ (операций, действий) и помещении их с определениями понятий или без таковых в одной-двух статьях оперативно-розыскного закона.

Кроме того, например, А.Е. Чечётин, на наш взгляд, абсолютно правомерно считает, что четкое определение мероприятия позволяет правоприменителю лучше понять его сущность. В частности, в одной из работ, посвященных ОРМ «контроль почтовых отправлений», он отмечает: «К сожалению, законодатель не сформулировал понятия рассматриваемого мероприятия, отдав это на откуп ведомственным нормодателям. Данное обстоятельство вряд ли можно оценивать положительно, поскольку оно порождает появление ведомственных подходов к толкованию правовых норм, которые обуславливают несовершенство подзаконных нормативных правовых актов и препятствуют единообразному применению закона»². Мы можем добавить к этому, что отсутствие в законе определений ключевых понятий не позволяет снизить возможность его нарушения и минимизировать вред, причиняемый правам и свободам личности, и наоборот – четкое определение содержащихся в нем категорий предоставит возможность правоприменителю и иным заинтересованным органам, организациям и лицам оценивать предлагаемые юридические конструкции совершенно однозначно.

Поэтому полагаем абсолютно оправданным помещение в новую редакцию закона отдельной статьи, раскрывающей определение целого ряда категорий, используемых в тексте нормативного правового акта.

¹ Железняк Н.С. Нормативное правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности в зарубежных странах.

² Чечётин А.Е. О сущности и правовом регулировании контроля почтовых отправлений // Проблемы совершенствования оперативно-розыскного законодательства : материалы круглого стола. М.: ВНИИ МВД России, 2004.

ПРЕДЛАГАЕМАЯ РЕДАКЦИЯ

Статья 2. Основные понятия, используемые в законе

Основные понятия, используемые в данном законе:

2.1. Оперативное подразделение – структурное образование государственного правоохранительного органа или специальной службы, должностные лица которого уполномочены на осуществление оперативно-розыскной деятельности.

2.2. Должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность – уполномоченный руководитель государственного правоохранительного органа или специальной службы, правомочных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, руководитель или сотрудник оперативного подразделения.

2.3. Уполномоченный руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность – руководитель указанного органа, включенный в утвержденный ведомственным нормативным правовым актом перечень должностных лиц, имеющих право заключать контракты о содействии, утверждать постановления о проведении оперативно-розыскных мероприятий, требующих разрешения, рассекречивании материалов оперативного производства, заведении, продлении и прекращении дел оперативного учета, а также использование для решения задач оперативно-розыскной деятельности денежных средств и иных ресурсов.

2.4. Субъект оперативно-розыскной деятельности – государственный правоохранительный орган или специальная служба, их оперативное подразделение или должностное лицо, уполномоченные на осуществление оперативно-розыскной деятельности.

2.5. Правоохранительные интересы – стремление государства к стабилизации криминальной ситуации, сдерживанию преступности, предотвращению преступлений, сокращению их количества и тяжести.

2.6. Частные задачи оперативно-розыскной деятельности – отдельные результаты, которых необходимо достичь для решения общих задач оперативно-розыскной деятельности (установление местонахождения похищенного имущества, привлечение лица к содействию правоохранительному органу и др.) и достижения отдельных целей уголовного судопроизводства (розыск обвиняемого, подозреваемого, похищенного имущества и т.д.).

2.7. Оперативное обслуживание – система оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, направленных на постоянный преимущественно негласный контроль социальных явлений и криминальной ситуации на криминогенных объектах и территориях с целью предотвращения и раскрытия преступлений, решения других задач оперативно-розыскной деятельности.

2.8. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности – совокупность содержащихся в законодательных и подзаконных нормативных правовых актах правил и предписаний, регламентирующих организацию и осуществление оперативно-розыскной деятельности.

2.9. Полномочия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность – совокупность определенных законом прав и обязанностей органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обеспечивающих эффективное решение данными органами поставленных перед ними задач.

2.10. Компетенция оперативных подразделений – круг специфических полномочий, в пределах которых эти подразделения (их должностные лица) осуществляют деятельность по предупреждению и раскрытию преступлений, розыску скрывшихся преступников, решают другие задачи оперативно-розыскной деятельности.

2.11. Оперативно-розыскное мероприятие – отраженная в перечне оперативно-розыскных мероприятий совокупность объединенных единым тактическим замыслом действий, основанных на использовании оперативно-розыскных сил, средств, методов и осуществляемых оперативными подраз-

делениями с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.1. Оперативный опрос – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на сбор оперативно значимой информации, а также решение иных частных задач оперативно-розыскной деятельности в процессе непосредственного речевого общения сотрудника оперативного подразделения с гражданами, которые могут быть осведомлены о лицах, фактах и обстоятельствах, представляющих оперативный интерес.

2.11.2. Оперативное наведение справок – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на сбор информации об интересующих оперативные подразделения объектах, содержащейся в отдельных документах, а также информационно-поисковых системах юридических и физических лиц независимо от формы собственности.

2.11.3. Оперативный сбор образцов – оперативно-розыскное мероприятие по добыванию (получению) являющихся носителями информации материальных объектов, необходимых для последующего криминалистического, научно-технического или иного сравнительного исследования в целях решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.4. Оперативное исследование – оперативно-розыскное мероприятие, проводимое оперативными подразделениями, как правило, с привлечением специалистов, обладающих научными, техническими и иными специальными познаниями, для проведения ими криминалистического, научно-технического и иного исследования объектов, полученных в результате других оперативно-розыскных и иных мероприятий, с целью выявления признаков преступной деятельности и причастности к ней конкретных лиц.

2.11.5. Оперативное наблюдение – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на получение информации об объекте и его местоположении путем визуального, слухового, электронного, радиолокационного и иных способов контроля, выполняемое непосредственно сотрудниками оперативных под-

разделений, а также по их поручениям должностными лицами уполномоченных государственных органов и их специализированных подразделений в целях решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.6. Оперативное отождествление – оперативно-розыскное мероприятие по установлению методом сравнения различных объектов, в том числе лиц, заподозренных в причастности или причастных к подготовке и совершению преступлений либо находящихся в розыске, а также их связей, путем непроцессуального опознания по различным идентифицирующим признакам.

2.11.7. Оперативная закупка – оперативно-розыскное мероприятие, представляющее собой совокупность действий, направленных на искусственное создание ситуации, имитирующей совершение сделки по затратному приобретению объектов гражданских прав с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.8. Оперативное внедрение – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на легендированное проникновение сотрудника оперативного подразделения и (или) лица, оказывающего ему конфиденциальное содействие, в криминальную среду и на пораженные преступностью объекты (территории) в целях добывания оперативно значимой информации и решения иных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.9. Оперативная поставка – оперативно-розыскное мероприятие, обеспечивающее негласно контролируемое перемещение (перевозку, пересылку) предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых, как правило, запрещена либо оборот которых ограничен, в целях получения оперативно значимой информации, документирования контролируемых действий, решения иных частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.10. Оперативный эксперимент – оперативно-розыскное мероприятие, заключающееся в искусственном создании на определенной территории (объекте) условий, позволяющих осуществить не-

гласный контроль действий установленного или неизвестного сотрудникам оперативного подразделения лица (лиц) в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преимущественно серийных преступлений, а также установления причастных к ним лиц.

2.11.11. Оперативное обследование – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на изучение сотрудниками оперативного подразделения помещений, зданий, сооружений, участков местности, транспортных средств, других объектов и лиц посредством применения органов чувств и специальных технических средств с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.11.12. Оперативный контроль сетей почтовой связи – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на получение и документирование информации о лицах, фактах и обстоятельствах, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, путем негласной перлюстрации (просмотра) почтовой, телеграфной и иной передаваемой по сетям электрической и почтовой связи корреспонденции граждан или юридических лиц, а также проведения с ней иных правомерных манипуляций.

2.11.13. Оперативный контроль сетей электрической связи – оперативно-розыскное мероприятие, направленное на получение информации путем негласного контроля и аудиозаписи телефонных и иных переговоров, фиксации сведений, циркулирующих по передающим неречевую информацию электрическим сетям связи.

2.12. Сети почтовой связи – совокупность объектов почтовой связи и почтовых маршрутов.

2.13. Сети электрической связи – технологическая система, включающая в себя технические и программные средства и линии, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радио-, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

2.14. Иное оперативное мероприятие (иное мероприятие, не противоречащее задачам оперативно-розыскной деятельности) – любая совокупность правомерных действий, не отраженная в перечне оперативно-розыскных мероприятий, но соответствующая определенным в законе условиям и направленная на решение задач оперативно-розыскной деятельности.

2.14.1. Оперативное приостановление предоставления услуг связи – иное оперативное мероприятие, заключающееся в приостановлении оператором связи оказания услуг связи юридическим и физическим лицам на основании выраженного в письменной форме мотивированного постановления, утвержденного уполномоченным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, при непосредственной угрозе жизни и здоровью лица, а также государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации.

2.14.2. Засада – иное оперативное мероприятие, заключающееся в скрытном нахождении сотрудников оперативного подразделения и взаимодействующих с ними иных должностных лиц органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в месте вероятного появления лица (лиц), представляющего оперативный интерес, с целью обнаружения, документирования его действий и возможного задержания.

2.14.3. Оперативное вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения, на земельные участки, территории, в транспортные средства – иное оперативное мероприятие, заключающееся в правомерном гласном или негласном проникновении на (в) указанные объекты (в том числе помимо воли правообладателей – граждан и должностных лиц) со взломом (разрушением) при необходимости запирающих устройств, элементов и конструкций, препятствующих проведению мероприятия, или преодолением физического противодействия.

2.14.4. Оперативное задержание – иное оперативное мероприятие, заключающееся в физическом

ограничении возможности свободного передвижения лица и осуществления им иных действий с целью доставления в правоохранительный орган, решения других частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.14.5. Оперативный досмотр – иное оперативное мероприятие, предполагающее действия сотрудников оперативного подразделения и других должностных лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по обнаружению на теле или в его естественных полостях, в одежде лица или находящихся при нем вещах и в принадлежащих ему транспортных средствах материальных объектов, имеющих значение для решения задач борьбы с преступностью.

2.14.6. Оперативное изъятие – иное оперативное мероприятие, заключающееся в использовании с целью решения задач борьбы с преступностью временного принудительного лишения лица права пользоваться и распоряжаться документами, предметами, материалами и сообщениями и перемещения их в орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, не приводящих к их отчуждению и не порождающих перехода права собственности к государству.

2.14.7. Оперативный контроль финансовых потоков и сделок, имеющих признаки противоправности – получение от банковских или других финансовых организаций сведений о счетах (вкладах), а также постоянный мониторинг осуществляемой финансовой деятельности без ведома об этом лиц, которых эти сделки касаются.

2.15. Оперативно значимые действия – любые правомерные действия сотрудников оперативного подразделения и иных должностных лиц органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, не отраженные в законе, но не противоречащие целям оперативно-розыскной деятельности и направленные на решение ее задач.

2.16. Специальные условия для проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий в отношении отдельных лиц, обладающих осо-

бым должностным или профессиональным статусом – исключения из общих правил санкционирования, подготовки и проведения оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, содержащиеся в профильных законах в отношении лиц, занимающих отдельные должности либо осуществляющих определенную профессиональную деятельность (депутаты Федерального Собрания, прокуроры, судьи, адвокаты и некоторые др.).

2.17. Лица, представляющие оперативный интерес – лица, заподозренные в формировании криминального умысла, подготовке или совершении преступлений, их связи, лица, способные оказать содействие в решении задач оперативно-розыскной деятельности.

2.18. Материальный носитель информации – любой материальный объект, на котором путем документирования может быть зафиксирована информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель.

2.19. Методы оперативно-розыскной деятельности – совокупность выработанных практикой способов решения частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.19.1. Оперативная установка – метод оперативно-розыскной деятельности, заключающийся в конспиративном легендированном сборе сведений по месту жительства, работы или иного пребывания проверяемого лица путем оперативных опросов, оперативного наблюдения, оперативных обследований, оперативного наведения справок и некоторых других оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий.

2.19.2. Личный сыск – метод оперативно-розыскной деятельности, заключающийся в негласном непосредственном (личном) распознавании (выявлении) сотрудником оперативного подразделения лиц, представляющих оперативный интерес, связанных с ними обстоятельств и кратковременном контроле их действий путем применения комплекса

различных оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.19.3. Оперативная игра – совокупность действий организационного, тактического и технического характера, направленных оперативным подразделением на осуществление непосредственных или опосредованных контактов с заподозренными в подготовке или совершении преступления контролируемыми лицами для введения их в заблуждение с целью решения частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.19.4. Агентурный метод – метод оперативно-розыскной деятельности, включающий в себя совокупность действий, осуществляемых сотрудником оперативного подразделения или содействующим ему лицом, направленных на создание условий для непосредственного легендированного общения с проверяемыми в целях выведывания у последних оперативно значимой информации, решения иных частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.20. Содействие отдельных лиц органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность – оказание отдельными лицами помощи указанным органам в подготовке или проведении оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, решении других частных задач оперативно-розыскной деятельности.

2.20.1. Привлечение к содействию – совокупность правомерных действий уполномоченных должностных лиц, направленных на формирование у лица желания оказывать органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, помощь в решении ее задач.

2.20.2. Контракт – письменная форма договора, сторонами которого выступают орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность (его уполномоченный руководитель) и лицо, изъявившее согласие (желание) оказывать этому органу содействие в решении задач борьбы с преступностью.

2.21. Информационное обеспечение оперативно-розыскной деятельности – совокупность оператив-

но-розыскных и иных оперативных мероприятий, технических и других (в том числе, программных) средств, применяемых для добывания, систематизации, хранения и неоднократного использования различными оперативными подразделениями и уполномоченными должностными лицами оперативно значимой информации с целью решения задач оперативно-розыскной деятельности.

2.22. Финансовое и иное ресурсное обеспечение оперативно-розыскной деятельности – комплекс мер, направленных на систематическое выделение из государственного бюджета денежных средств и иных ресурсов для их использования субъектами оперативно-розыскной деятельности с целью эффективного решения ее задач.

2.23. Защита сведений в области оперативно-розыскной деятельности – комплекс мер, направленных на неразглашение составляющих государственную тайну данных, позволяющих обеспечить надежную защиту замыслов, планов и действий субъектов оперативно-розыскной деятельности и содействующих им лиц, их близких, иной оперативно значимой информации от противоправных интересов криминально ориентированных лиц.

2.24. Оперативно-розыскное производство (оперативно-розыскное документирование) – процесс и итог оперативно-розыскной деятельности, выраженные в документальной форме.

2.24.1. Оперативная проверка – осуществление комплекса оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, других оперативно значимых действий, направленных на проверку достоверности полученных сведений, решение других задач оперативно-розыскной деятельности.

2.24.2. Оперативная разработка – осуществление комплекса оперативно-розыскных и иных оперативных мероприятий, оперативно значимых действий, проводимых при наличии обоснованных данных о признаках подготавливаемых (подготовленных) или совершаемых (совершенных) преступлений для их пресечения либо раскрытия, а также в отношении скрывшихся преступников для их розыска.

2.25. Результаты оперативно-розыскной деятельности – оперативно значимые сведения (в том числе о предметах, документах и иных материальных объектах), относящиеся к подготовке, совершению преступлений, выявлению или розыску причастных к ним лиц, имущества, подлежащего конфискации, а также факты (события), являющиеся последствиями использования сотрудниками оперативных подразделений указанных сведений в решении задач оперативно-розыскной деятельности.

2.26. Контроль оперативно-розыскной деятельности – систематическая деятельность уполномоченных настоящим законом лиц, заключающаяся в проверке соответствия действий оперативных подразделений, решений их руководителей и отдельных сотрудников требованиям нормативных правовых актов с целью обеспечения соблюдения законности и повышения эффективности борьбы с преступностью.

2.27. Надзор за оперативно-розыскной деятельностью – законодательно урегулированная деятельность уполномоченных прокуроров по проверке соответствия действий оперативных подразделений, решений их руководителей и отдельных должностных лиц требованиям Конституции Российской Федерации и законодательных актов, регулирующих оперативно-розыскную деятельность.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Используя высказывание известного премьер-министра Великобритании У. Черчилля о том, что «оратор должен исчерпать тему, а не терпение слушателей», автор переходит к выводам¹.

1. Законодательство об ОРД – исключительно важная совокупность нормативных правовых актов, регулирующих деятельность компетентных государственных органов по решению специфических правоохранительных задач в сфере борьбы с преступностью.

2. Совершенствование их основных положений позволит:

– сотрудникам правоохранительных органов – эффективно осуществлять свои профессиональные функции;

– гражданам – иметь представление о возможностях оказания помощи легитимным мерам, предпринимаемым оперативными подразделениями, либо противодействия их незаконным поступкам²;

– преподавателям и учащимся – осуществлять соответственно преподавание и обучение по дисциплине «Основы оперативно-розыскной деятельности».

Если же все мы будем не только знать, но и соблюдать законы, то рефреном нашего существования станет афоризм шефа корпуса жандармов Российской империи А. Бенкендорфа: «Прошедшее России было удивительно, ее настоящее более чем великолепно, что же касается ее будущего, то оно выше всего, что может нарисовать себе самое смелое воображение».

¹ Согласно Законам Мэрфи «вывод – это то место в тексте, где вы устали думать».

² По словам немецкого поэта Иоганна Вольфганга Гете: «У того, кто решит изучить все законы, не останется времени их нарушать».

Николай Семенович Железняк

**ВОПРОСЫ АКТУАЛИЗАЦИИ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА
«ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»**

Монография

ISBN 978-5-7889-0285-2



Подготовлено к изданию Ю.В. Леонтьевой.

Подписано в печать *24.10.2019*

Формат Р 60х84. Бумага типографская. Гарнитура Times, Arial Narrow.

Печать офсетная. 18,3 уч.-изд. л. (20,75 усл.печ.л.).

Тираж 300 экз. Первый завод 100 экз. Заказ 313.

Научно-исследовательский и редакционно-издательский отдел.

Сибирский юридический институт МВД России.

660131, г. Красноярск, ул. Рокоссовского, 20.

Отпечатано в типографии НИРИО СибЮИ МВД России.

660050, г. Красноярск, ул. Кутузова, 6.