

В. А. Гусев

**Права
оперативных
подразделений
полиции:
законодательство
и практика**

Монография

Москва
Издательский дом Шумиловой И. И.
2014

УДК 34

ББК 67

Г 96

Теория и практика профессионального сыска

Серия основана в 2007 году

Автор идеи и руководитель проекта А. Ю. Шумилов,
доктор юридических наук, профессор

Рецензенты:

С. И. Давыдов, доктор юридических наук, профессор
(Алтайский государственный университет);

Н. В. Павличенко, доктор юридических наук, доцент
(Волгоградская академия МВД России)

Гусев Владимир Александрович.

Г 96

Права оперативных подразделений полиции: законодательство и практика: монография / В. А. Гусев. М.: издательский дом Шумиловой И. И., 2014. — 127 с. (Теория и практика профессионального сыска).

ISBN 978-5-89784-190-5

Изложены результаты исследования правового регулирования и проблем реализации прав оперативных подразделений полиции органов внутренних дел. Предпринята попытка сформулировать понятие и определить сущность прав, предоставленных органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность, исследовать их систему. На основе проведенного анализа научных источников и практики ряда органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, предложено дополнить перечень законодательно установленных прав оперативных подразделений указанных органов иными полномочиями, позволяющими их должностным лицам эффективно и законно исполнять возложенные обязанности и решать оперативно-разыскные задачи.

Для научных и практических работников, интересующихся проблемами оперативно-разыскной деятельности, а также для профессорско-преподавательского состава, адъюнктов, слушателей и курсантов специализированных федеральных государственных образовательных учреждений высшего профессионального образования.

УДК 34

ББК 67

ISBN 978-5-89784-190-5

© Гусев В. А., 2014
© Шумилова И. И. Оформление, 2014

Оглавление

Введение	5
----------------	---

Глава I. Понятие, сущность и система прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность

§ 1. Понятие и сущность прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность	8
§ 2. Действующая законодательная модель системы прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность	13

Глава II. Проблемы нормативного закрепления и реализации прав оперативных подразделений полиции, предусмотренных Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»

§ 1. Проведение в гласной и негласной формах оперативно-разыскных мероприятий	19
§ 2. Изъятие предметов, документов, материалов и сообщений при проведении оперативно-разыскных мероприятий	27
§ 3. Прерывание предоставления услуг связи в процессе осуществления оперативно-разыскной деятельности	39

§ 4. Установление отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность ...	50
§ 5. Использование в ходе проведения оперативно-разыскных мероприятий служебных помещений, имущества предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилых и нежилых помещений, транспортных средств и иного имущества частных лиц	65
§ 6. Использование в целях конспирации зашифровывающих документов	70
§ 7. Создание предприятий, учреждений, организаций и подразделений, необходимых для решения задач оперативно-разыскной деятельности	78

Глава III. Проблемы нормативного закрепления и реализации прав оперативных подразделений полиции, предусмотренных Федеральным законом «О полиции»

§ 1. Задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, при проведении оперативно-разыскных мероприятий	87
§ 2. Досмотр граждан при проведении оперативно-разыскных мероприятий	96
§ 3. Использование специальной техники и информационных систем при осуществлении оперативно-разыскной деятельности	101
§ 4. Оперативно-разыскное проникновение в помещения, здания, сооружения, на участки местности и в транспортные средства	108
§ 5. Иные права оперативных подразделений полиции, предусмотренные Федеральным законом «О полиции»	116
Заключение	121

Введение

Противодействие преступности, посягающей на жизнь, здоровье, собственность, права и свободы граждан, является обязанностью государства. Исполнение этой обязанности возложено на государственные правоохранительные органы в целом и на органы, осуществляющие оперативно-разыскную деятельность, в частности. В соответствующих законодательных актах были детализированы обязанности и задачи каждого конкретного ведомства, осуществляющего борьбу с преступностью. Вместе с тем эффективность исполнения возложенных обязанностей и результативность решения поставленных задач во многом определяется наличием законодательно определенных прав указанных государственных органов. В данном случае термин «право» нами используется в значении «обеспеченной законом возможности что-то делать»¹, «правовые возможности, вытекающие из законов, разрешенные законом способы действий, предоставленные полномочия»².

В связи с этим следует подчеркнуть уникальность государственных органов, уполномоченных на осуществление оперативно-разыскной деятельности: только им законодатель предоставил право использовать негласные силы и средства в защите (обеспечении безопасности) от преступных посягательств. Именно поэтому во всей правоохранительной системе только оперативно-разыскные органы обладают возможностью предупреждать и пресекать преступления на самых ранних стадиях, не допуская причинения ущерба; раскрывать тайные, тщательно замаскированные преступления, когда достичь этой цели только уголовно-процессуальными мерами гласного характера не представляется возможным. Принимая во внимание,

¹ Барихин, А.Б. Большой юридический энциклопедический словарь / А.Б. Барихин. М.: Книжный мир, 2005. С. 464.

² См.: Райзберг, Б.А. Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. М.: ИНФРА-М, 2006 // СПС КонсультантПлюс.

что подавляющее большинство преступлений должны раскрываться органами внутренних дел¹, а также особую актуальность и практическую значимость правового регулирования оперативно-разыскных полномочий, в монографии изложены результаты исследования проблем их реализации оперативными подразделениями полиции.

Структура монографии подчинена логике изучения объекта и предмета исследования.

В первой главе рассмотрены некоторые общетеоретические положения оперативно-разыскной науки, отражающие понятие, сущность и систему прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность.

Во второй главе исследованы правовые и отдельные организационно-тактические особенности реализации прав оперативными подразделениями органов внутренних дел, предусмотренных оперативно-разыскным законодательством.

В то же время Федеральный закон «Об оперативно-разыскной деятельности» не содержит целого ряда предписаний, дающих определенные права оперативно-разыскным органам, отсутствие которых не позволяет им эффективно исполнять обязанности. В частности, оперативно-разыскное законодательство не предоставляет права должностным лицам указанных органов при проведении оперативно-разыскных мероприятий осуществлять захват и доставку граждан, заподозренных в совершении преступления; личный допрос граждан при проведении оперативно-разыскных мероприятий; и т.д.

В этом аспекте особый интерес представляет Федеральный закон «О полиции», который отчасти повторяет законодательную фиксацию прав оперативно-разыскных органов, а в некоторых случаях дополняет их перечень. В связи с этим в третьей главе рассмотрены особенности реализации прав оперативных подразделений органов внутренних дел, предусмотренных полицейским законодательством.

¹ Так, в 2013 г. органами внутренних дел было выявлено 1 986 559 преступлений, что составило 90% от общего числа преступлений, выявленных всеми правоохранительными органами (см.: Состояние преступности в России за январь—декабрь 2013 г. М.: ГИАЦ МВД России).

Основные условные сокращения

- Инструкция — Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, утвержденная приказом МВД России, Минобороны России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН, ФСКН России, СК РФ от 27 сентября 2013 г. № 776/703/509/507/1820/42/535/398/68.
- ОВД — орган внутренних дел.
- ОРД — оперативно-розыскная деятельность.
- ОРМ — оперативно-розыскное мероприятие.
- ФЗ об ОРД — Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».
- ФЗ о полиции — Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции».
- ФЗ о связи — Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи».

Глава I

Понятие, сущность и система прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность

§ 1. Понятие и сущность прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность

В статье 1 ФЗ об ОРД установлено, что данный вид деятельности государственных органов осуществляется в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств.

В соответствии со ст. 3 ФЗ об ОРД, ее задачами 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; добытие информации о событиях или действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации; установление имущества, подлежащего конфискации.

Для решения этих задач и достижения цели ОРД законодатель в ст. 6 ФЗ об ОРД определил перечень ОРМ, посредством проведения которых осуществляется ОРД в целом.

Данная система целей, задач и ОРМ реализуется в перечне обязанностей органов, осуществляющих ОРД, определенных в ст. 14 ФЗ об ОРД. Вместе с тем исполнение возложенных на оперативно-разыскные органы обязанностей предполагает наделение их определенными правами, реализация которых позволит решать задачи борьбы с преступностью специфическими оперативно-разыскными методами и средствами. В этой связи законодателем в ст. 15 ФЗ об ОРД были нормативно закреплены права этих органов. Примечательно, что ученые, которые одними из первых комментировали ФЗ об ОРД, прямо указывали на то, что в ст. 15 «В общем виде представлен объем полномочий органов, осуществляющих ОРД, гарантирующий, по мнению законодателя, разрешение задач и выполнение возложенных на них обязанностей»¹.

Таким образом, исполнение органами, осуществляющими ОРД, законодательно установленных обязанностей в совокупности с использованием предоставленных законом прав составляет сущность механизма реализации ими своей правоохранительной функции.

На наш взгляд, именно такой концептуальный подход был взят А.Ю. Шумиловым за основу при определении понятия прав органов, осуществляющих ОРД, под которыми он предлагает понимать «1. Элемент компетенции оперативно-розыскных органов как субъекта ОРД (наряду с обязанностями и ответственностью). 2. Круг предоставленных им законодателем и Президентом РФ возможностей для надлежащего исполнения (непосредственно или опосредованно) обязанностей по достижению целей ОРД и решения ее задач»².

Аналогичного мнения придерживаются и многие другие ученые, которые права органов, осуществляющих ОРД, определяют как

¹ Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков; отв. ред.: П.Г. Пономарев. М.: Новый Юрист, 1997. С. 445.

² Оперативно-розыскная энциклопедия / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 2004. С. 232. Подробнее см.: Шумилов, А.Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: моногр. / А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 1997; *Он же*. Проблемы законодательного регулирования в оперативно-розыскной деятельности: десять лет спустя (конституционные, административные, уголовные, уголовно-процессуальные и уголовно-сыскные аспекты): моногр. / А.Ю. Шумилов. 2-е изд., испр. и доп. М.: ИД Шумиловой И.И., 2008.

предоставленную нормами права возможность (полномочие) выполнения ими действий в целях решения задач ОРД¹.

Помимо того, что права органов, осуществляющих ОРД, имеют существенное значение для эффективной реализации государственной правоохранительной функции, данный правовой институт играет ключевую роль в отношениях государства и общества в целом, а также должностного лица оперативно-разыскного органа и гражданина, в частности. Как справедливо отмечают О.А. Вагин, А.П. Исиченко и А.Е. Чечетин, субъективное право, как и юридическая обязанность, является важнейшим элементом оперативно-разыскных правоотношений и статуса субъектов ОРД².

Вместе с тем в юридической литературе встречается противоположное мнение по данному вопросу. В частности, Б.Т. Безлепкин утверждает, что оперативно-разыскные решения и мероприятия, будучи по природе своей разведывательными, правоотношений не порождают. При этом какое из положений ФЗ об ОРД ни возьми, в нем невозможно отыскать признаков процедурной нормы (гипотеза — диспозиция — санкция), порождающей конкретные процедуры правоотношения и позволяющей говорить о нуждающемся в правовом регулировании процессе, существующем параллельно уголовному процессу³.

Нам представляется, что такой подход к пониманию правовой сущности ОРД является архаичным, слабо аргументированным и не выдерживающим конструктивной научной критики. Так, в теории права общепризнанным является положение, согласно которому в качестве оснований разграничения права на отрасли выступают предмет и метод правового регулирования. Предмет является главным (материальным) критерием деления права на отрасли и институты, а метод — дополнительным (юридическим)⁴. Однако оба они в равной степени играют важную роль в дифференциации права⁵. Со-

¹ Например, см.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный / О.А. Вагин, А.П. Исиченко, А.Е. Чечетин. М.: Деловой двор, 2009 // СПС КонсультантПлюс.

² См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

³ См.: Безлепкин, Б.Т. Настольная книга следователя и дознавателя / Б.Т. Безлепкин. 2008 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Бахта, А.С. О предмете уголовно-процессуального права / А.С. Бахта // Научный портал МВД России. 2009. № 3. С. 25.

⁵ Теория права и государства. Уфа, 1994. С. 289—291; Алексеев, С.С. Общая теория права: учебник / С.С. Алексеев. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 173—174.

гласно концептуальным положениям общей теории права предметом правового регулирования являются общественные отношения¹.

Кроме того, в отечественной юридической науке принято считать, что совокупности общественных отношений, составляющих самостоятельные предметы регулирования, имеют определенные признаки, к которым относятся: 1) объективная потребность их правового регулирования в данных социально-экономических условиях; 2) возможность этих отношений быть объектом их правовой регламентации; 3) качественная обособленность соответствующих общественных отношений².

Основываясь на указанных постулатах можно определить, что правовое регулирование общественных отношений в ОРД предопределено объективной потребностью построения правового государства. Как справедливо отмечает С.С. Галахов, в современных условиях роль правовых и нормативных основ регулирования правоотношений, возникающих в сфере организации ОРД и проведения ОРМ, повышается в связи с тем, что без их существования и развития невозможно создать необходимые предпосылки совершенствования управления деятельностью соответствующих органов³.

Возможность правовой регламентации оперативно-розыскных отношений доказана самим фактом наличия ряда действующих законодательных актов. Примечательно, что общественные отношения, возникающие в ОРД, помимо ФЗ об ОРД в той или иной степени подвергаются правовой регламентации в значительном количестве других законодательных актов: УПК РФ, УИК РФ, Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации», Федеральный закон «О наркотических средствах и психотропных веществах», Федеральный закон «О связи» и многих др⁴. При этом еще в 70-е гг. отдельные специалисты обращали внимание на правовую регламентацию ОРД. В частности, Д.В. Гребельский писал, что спе-

¹ Общая теория государства и права: академический курс в 2-х т. / под ред. проф. М.Н. Марченко. М., 2000. Т. 2. Теория права. С. 234.

² Алексеев, С.С. Проблемы теории права / С.С. Алексеев. Свердловск, 1972. Вып. 1. С. 135—139.

³ Галахов, С.С. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности в сфере предупреждения преступлений: конституционные и уголовно-правовые источники / С.С. Галахов, А.В. Галахова, Ш.Р. Берсанов // Научный портал МВД России. 2009. № 1. С. 67.

⁴ Подробнее см.: Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности: сб. норм. актов и документов / сост. А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 2000.

циальные меры борьбы с преступностью имеют «четко выраженную правовую основу»¹.

Качественная обособленность соответствующих общественных отношений также, на наш взгляд, не вызывает сомнений. Она определяется прежде всего самим характером, спецификой межсубъектных связей, возникающих в процессе ОРД. Как справедливо отмечают И.А. Климов и Н.И. Сазонова, ОРД присущи специфические отношения — оперативно-разыскные, характерной чертой которых является особый правовой статус субъектов, специфика реализации их прав и обязанностей, использования ими специальных средств и методов борьбы с преступностью².

Основываясь на данных аргументах, на наш взгляд, допустимо признать существование оперативно-разыскных правоотношений³ и согласиться с тем, что «это урегулированные нормами оперативно-розыскного права общественные отношения, возникающие в связи с подготовкой и проведением оперативно-розыскных мероприятий, субъектами которых выступают оперативные подразделения уполномоченных на осуществление оперативно-розыскной деятельности органов и их должностные лица, реализующие права и обязанности в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств»⁴. Единственное, на что хотелось бы обратить внимание автора этого определения, так это то, что круг оперативно-разыскных правоотношений значительно шире и не ограничивается только подготовкой и проведением ОРМ. Но, в любом случае, в нем отражено главное: наличие обязанностей и корреспондирующих им прав, как со стороны граждан, так и со стороны органов, осуществляющих ОРД. Этим определяется значение зако-

¹ Гребельский, Д.В. Правовая основа оперативно-розыскной деятельности советской милиции / Д.В. Гребельский // Социалистическая законность. 1974. № 3. С. 55.

² Климов, И.А. Философская основа оперативно-розыскной деятельности / И.А. Климов, Н.И. Сазонова // Научный портал МВД России. 2009. № 3. С. 71.

³ В открытой печати современной России об этом заявил еще в 1994 г. А.Ю. Шумилов (Шумилов, А.Ю. Оперативно-розыскное право: иллюзия или реальность / А.Ю. Шумилов // Правоведение. 1994. № 4). Однако нам известны и более ранние источники, в которых речь шла об оперативно-разыскных правоотношениях. К сожалению, они носили закрытый характер и в силу этого не стали достоянием широкой научной общественности.

⁴ Кухлевская, И.А. О понятии оперативно-розыскных правоотношений / И.А. Кухлевская // Оперативник (сыщик). 2008. № 4. С. 39.

нодательно установленных прав оперативно-разыскных органов, которое, по нашему мнению, заключается в четкой, детальной регламентации полномочий этих специфических государственных органов, а следовательно, в ограничении их возможностей вторжения в сферу прав и свобод личности.

Вместе с тем следует иметь в виду, что содержание прав органов, осуществляющих ОРД, может быть раскрыто только через действия их должностных лиц. Однако указанные права и действия не тождественны между собой и не могут подменять друг друга в нормативном правовом акте. По существу, права органов, осуществляющих ОРД, представляют собой юридические дозволения совершать те или иные акты должностными лицами этих органов и реализуются в соответствующих решениях и действиях оперативно-разыскного характера.

В заключение полагаем целесообразным констатировать, что права органов, осуществляющих ОРД, представляют собой законодательно определенный перечень полномочий, позволяющий их должностным лицам исполнять свои обязанности по решению оперативно-разыскных задач в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств. Соответственно, по своему содержанию права органов, осуществляющих ОРД, являются неотъемлемым элементом механизма реализации государственной правоохранительной функции и оперативно-разыскных правоотношений, определяющим статус данных государственных органов.

§ 2. Действующая законодательная модель системы прав органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность

В настоящее время ФЗ об ОРД содержит ст. 15, определяющую перечень прав органов, осуществляющих ОРД. В данной норме законодатель предпринял попытку последовательно изложить права

оперативно-разыскных органов, реализация которых позволит им решать задачи ОРД.

Помимо самого перечня прав, статья включает законодательные положения, составляющие основы механизма их реализации. Прежде всего это ч. 2 и 3 ст. 15 ФЗ об ОРД, которые предусматривают обязательность исполнения физическими и юридическими лицами законных требований должностных лиц оперативно-разыскных органов, а также предупреждают об ответственности за их неисполнение.

Кроме того, в процессе законотворческой деятельности п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД в 2008 г. был дополнен процессуальными положениями, регламентирующими некоторые аспекты процедуры оперативно-разыскного изъятия документов, предметов, материалов и сообщений.

Вместе с тем необходимо акцентировать внимание на то, что это только лишь основы, которые не могут в полном объеме заменить процессуальные нормы, позволяющие «оживить» законодательно определенные права органов, осуществляющих ОРД. В связи с этим отчасти можно понять сетование некоторых исследователей на то обстоятельство, что ст. 15 ФЗ об ОРД не определяет способы и формы реализации указанных прав¹. В то же время, по нашему мнению, процедурно-процессуальные положения, регулирующие реализацию прав оперативно-разыскных органов «перегрузили» бы ст. 15 ФЗ об ОРД. Мы полагаем, что процедура реализации каждого отдельного оперативно-разыскного правомочия должна определяться специальной законодательной нормой или ведомственным нормативным актом. Поэтому логичным видится решение законодателя, который в ч. 3 ст. 13 ФЗ о полиции установил, что «порядок реализации прав, предоставленных полиции, если он не является предметом регулирования федеральных законов, нормативных правовых актов Президента Российской Федерации или нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, определяется федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел».

¹ *Афонькин, Г.П.* О некоторых проблемах интеграции оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса / Г.П. Афонькин // Труды ВИПК МВД России: Вып. 20. Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел на современном этапе: материалы межвуз. науч.-практ. конф. В 2 ч. / сост. В.В. Савушкин, Л.А. Кочетова. Домодедово: ВИПК МВД России, 2007. Ч. 1. С. 8.

Однако, прежде чем приступить к изучению процедурных и процессуальных особенностей реализации прав органов, осуществляющих ОРД, на наш взгляд, необходимо исследовать саму систему этих прав в статике. Отметим, что структура второй главы полностью повторяет перечень прав оперативно-разыскных органов, закрепленных в ст. 15 ФЗ об ОРД. Однако детальный анализ других статей ФЗ об ОРД, а также текстов иных законодательных актов, позволил сделать вывод о том, что круг прав органов, осуществляющих ОРД, не ограничивается ст. 15 ФЗ об ОРД.

Как справедливо отмечают некоторые ученые, комментирующие данную статью ФЗ об ОРД (в частности, О.А. Вагин, А.П. Исиченко, А.Е. Четин) она «определяет лишь наиболее общие группы прав органов, осуществляющих ОРД, соответственно, права этих органов не ограничиваются ее предписаниями, а изложены и в иных нормах комментируемого и других законов»¹.

А.Ю. Шумилов пишет, что «Сферой действия предписаний, изложенных в статье (15-й. — В.Г.), по замыслу законодателя должна выступать вся ОРД. Однако в системе предписаний наличествуют значительные пробелы.

Кроме того, анализ текста Федерального закона свидетельствует, что в нем отсутствует системное изложение правил, регламентирующих как права, так и обязанности оперативников и других лиц, причастных к проведению ОРД (судей, прокуроров, специалистов и др.).

Статья носит бланкетный (отсылочный) характер. Для правильного уяснения ее содержания и действенного практического применения требуется руководствоваться предписаниями ряда законодательных актов (прежде всего Закона о милиции, Федеральных законов об органах ФСБ и о внешней разведке и т.п.) и иных нормативных правовых актов (включая ведомственные)»².

Прежде всего хотелось бы обратить внимание на то, что в ст. 13 ФЗ об ОРД определен перечень государственных органов, чьим оперативным подразделениям предоставляется *право* осуществлять ОРД на территории Российской Федерации. Это право является общим по отношению ко всем перечисленным органам и всеобъемлющим по отношению к другим правам этих органов, реализация которых возможна в рамках ОРД.

¹ См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

² Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С постатейным приложением нормативных актов и документов / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. 2-е изд., испр. и доп. М.: изд-ль Шумилова И.И., 2000. С. 150.

Затем законодатель, помимо ст. 15 ФЗ об ОРД, определяет, что: оперативно-разыскные органы *вправе* собирать данные для принятия определенных решений (ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД); оперативные подразделения органов федеральной службы безопасности *вправе* проводить ОРМ в целях определения факта установления иностранным инвестором контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 8.1 ФЗ об ОРД); оперативно-разыскные органы *вправе* проводить совместно с работниками уголовно-исполнительной системы ОРМ в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы (ч. 5 ст. 13 ФЗ об ОРД). Хотя эти права и нельзя признать абсолютно самостоятельными, так как они, по существу, детализируют основания и условия проведения ОРМ, в то же время достаточно трудно объяснить причину, по которой законодатель выделил их в отдельные нормы.

Помимо этого в ФЗ об ОРД присутствуют законодательные положения, которые предоставляют оперативно-разыскным органам определенные возможности (а по сути — права), позволяющие эффективно решать задачи ОРД.

Так, в ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД указывается, что в «ходе проведения оперативно-разыскных 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 развитие этого положения, ч. 1 ст. 10 ФЗ об ОРД определено, что оперативно-разыскные органы *могут* создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета». По нашему мнению, в данном случае законодатель предоставляет оперативно-разыскным органам не что иное, как именно *право* собирать, накапливать, систематизировать, обрабатывать и использовать информацию, применяя при этом технические средства и информационные технологии. Однако, на наш взгляд, данное законодательное разрешение целесообразно было не «растворять» в разных нормах оперативно-разыскного законодательства, а прямо обозначить как право оперативно-разыскных органов и указать в общем перечне ст. 15 ФЗ об ОРД.

В то же время ФЗ об ОРД не содержит ряда предписаний, дающих определенные права оперативно-разыскным органам, отсутствие которых не позволяет им эффективно исполнять свои обязан-

ности. В частности, оперативно-разыскное законодательство не предоставляет права должностным лицам указанных органов при проведении ОРМ осуществлять захват и доставку граждан, заподозренных в совершении преступления.

Кроме того, в ФЗ об ОРД не содержится права сотрудников оперативных подразделений на личный досмотр граждан при проведении ОРМ.

В этом аспекте особый интерес представляет ФЗ о полиции, который отчасти повторяет законодательную фиксацию прав оперативно-разыскных органов, а в некоторых случаях дополняет их перечень. Так, с одной стороны, в новейшем полицейском законодательстве сотрудникам полиции предоставляется право проводить ОРМ; производить при осуществлении ОРД изъятие документов, предметов, материалов и сообщений (п. 10 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции), устанавливать негласное сотрудничество с гражданами, изъявившими желание конфиденциально оказывать содействие полиции на безвозмездной или возмездной основе (п. 34 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции). Очевидно, что в этой части рассматриваемые нами два федеральных закона фактически дублируют друг друга.

С другой стороны — данный Закон для выполнения возложенных на полицию обязанностей предоставляет ей иные права, отсутствующие в ФЗ об ОРД, но позволяющие ей реализовывать оперативно-разыскные функции. Например, требовать от граждан покинуть место происшествия, если это необходимо для проведения ОРМ; в целях защиты жизни, здоровья и имущества граждан не допускать их на отдельные участки местности и объекты либо обязывать оставаться на соответствующих участках местности и объектах или покинуть их (п. 7 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции); доставлять граждан, т.е. осуществлять их принудительное препровождение, в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции, в помещение муниципального органа, в иное служебное помещение в целях решения вопроса о задержании гражданина (п. 13 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции); вести видеобанки и видеотеки лиц, проходивших (проходящих) по делам и материалам проверок полиции; формировать, вести и использовать банки данных оперативно-справочной, криминалистической, экспертно-криминалистической, розыскной и иной информации о лицах, предметах и фактах (п. 33 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции).

В завершение исследования действующей законодательной модели комплекса прав органов, осуществляющих ОРД, со статических позиций следует отметить, что она не имеет стройной системы и не позволяет сформировать объективное представление о сущности и содержании указанных прав. Принимая во внимание также справедливое высказывание ряда ученых о том, что нормы ст. 15 ФЗ об ОРД являются отсылочно-бланкетными, поэтому для правильного их толкования, уяснения содержания и применения необходимо руководствоваться положениями как ФЗ об ОРД, так и иных законодательных и нормативных правовых актов¹, полагаем целесообразным и актуальным формирование прогностической модели системы прав органов, осуществляющих ОРД, ее изучение в динамике и создание эффективного правоприменительного механизма их реализации.

¹ Например, см.: *Вагин, О.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

Глава II
Проблемы
нормативного закрепления
и реализации прав
оперативных подразделений
полиции, предусмотренных
Федеральным законом
«Об оперативно-розыскной
деятельности»

§ 1. Проведение
в гласной и негласной формах
оперативно-розыскных
мероприятий

Право проводить гласно и негласно ОРМ, перечисленные в ст. 6 ФЗ об ОРД, является основополагающим полномочием органов, осуществляющих ОРД. Именно поэтому оно закреплено в п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД. Данный тезис подтверждается тем, что в ст. 1 ФЗ об ОРД сама ОРД определяется как вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно посредством проведения ОРМ. В настоящее время подавляющее большинство ученых, изучающих ОРД, полагают, что система нормативных предписаний, содержащихся в законодательных и подзаконных нормативных актах, регулирующих проведение ОРМ, обладает признаками, с которыми в теории права свя-

зывают понятие самостоятельного правового института¹. И если данное утверждение уже не вызывает в юридическом сообществе большой дискуссии, то гласные и негласные формы осуществления ОРМ продолжают оставаться предметом научных споров.

Так, среди ученых и практиков известно мнение, ярким выразителем которого является Б.Я. Нагиленко, об абсолютной «негласности» ОРД, необходимости отнесения гласных ОРМ в сферу административно-правового регулирования и об отсутствии в данной связи как таковой необходимости законодательного закрепления основных положений ОРД, т.е. нецелесообразности наличия ФЗ об ОРД².

Несмотря на достаточно большое количество аргументов (чаще всего предъявляемых бессистемно), признать обоснованными такие выводы вряд ли представляется возможным.

Во-первых, потому что о существовании ОРД и о возможностях органов, ее осуществляющих, в настоящее время осведомлено подавляющее большинство граждан, соответственно полагать, что ОРД может оставаться «негласной» неразумно.

Во-вторых, значимость ФЗ об ОРД заключается в том, что некогда тайная и, по мнению некоторых представителей общественности, незаконная разведывательная деятельность государства «легализовалась» и стала одной из правовых форм борьбы с преступностью.

В-третьих, мы солидарны с Н.П. Водько в том, что в оперативно-разыскном процессе не всегда можно четко провести разделительную линию между гласными, зашифрованными и негласными мероприятиями, поскольку в динамике они дополняются и перерастают одно в другое и органически сочетаются на оперативно-

¹ Например, см.: *Шумилов, А.Ю.* Начала уголовно-розыскного права: моногр. / А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 1998; *Шматов, М.А.* Понятие оперативно-розыскного мероприятия / М.А. Шматов, В.М. Шматов // Оперативно-розыскные мероприятия: актуальные вопросы теории и практики: материалы науч.-практ. семинара / отв. ред. В.М. Аتماжитов. М., 2005. С. 26; *Омелин, В.Н.* Институт оперативно-розыскных мероприятий в оперативно-розыском законодательстве (теоретический и правовой аспекты): монография. / В.Н. Омелин, Р.Х. Пардилов. М.: ВНИИ МВД России, 2007. С. 31—33.

² *Нагиленко, Б.Я.* О правовой природе гласных мер, осуществляемых милицией, и об их соотношении с оперативно-розыскной деятельностью / Б.Я. Нагиленко // Оперативник (сбщик). 2005. № 4. С. 7—10; Понятие оперативно-розыскной деятельности: содержание и правовое регулирование: курс лекций / Б.Я. Нагиленко, Т.В. Асташина, Т.В. Косарева. Домодедово: ВИПК МВД России, 2010. Ч. 1.

тактическом и организационном уровнях деятельности¹. Мы предлагаем взять за основу общепринятое в теории ОРД представление о том, что гласное проведение ОРМ предполагает выполнение оперативными сотрудниками действий, при которых не скрываются ни факт проведения ОРМ, ни его субъекты, ни истинные цели мероприятия. Осуществление гласных ОРМ предполагает официальные контакты должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, с физическими лицами и представителями юридических лиц². В свою очередь при негласном проведении ОРМ от его объектов и посторонних лиц скрывается сам факт осуществления действий, образующих ОРМ, а также принадлежность его субъектов к правоохранительным органам.

Исходя из этого нельзя не согласиться с учеными, которые отмечают, что элементы гласности присутствуют в различных ОРМ (например, невозможно представить себе негласный опрос потенциальных свидетелей на месте совершения преступления или негласное наведение справок при направлении официальных запросов на предприятия, в учреждения, организации)³. Более того, целый ряд ОРМ, которые изначально осуществляются негласно, впоследствии могут завершаться в гласной форме. В частности оперативный эксперимент и проверочную закупку планируют и проводят негласно. Однако затем, достаточно часто, их завершают задержанием выявленного преступника и гласным оформлением результатов.

В связи с этим полагаем целесообразным согласиться с А.Е. Четининым, который, развивая понятие ОРМ (в частности сформулированное Е.Г. Мальцевым, А.П. Титовым и А.Ю. Шумиловым)⁴, под этим мероприятием предложил понимать закрепленные в ФЗ об ОРД и проводимые уполномоченными на то субъектами в соответствии с

¹ Водько, Н.П. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» в системе Российского законодательства: проблемы и решения: моногр. / Н.П. Водько М.: ИД Шумиловой И.И., 2007. С. 21.

² Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. С. 447.

³ См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

⁴ Например, см.: Мальцев, Е.Г. К вопросу о понятии и месте оперативно-розыскных мероприятий в системе криминалистики / Е.Г. Мальцев // Вопросы уголовного права, процесса и криминалистики. Пермь, 1967; Титов, А.П. Правовые основы и проблемы нормативного регулирования методов оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / А.П. Титов. М., 1985; Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: коммент. / под ред. А.Ю. Шумилова. М.: Юрид., лит., 1994.

требованиями нормативных правовых актов действия, основанные на применении как гласных, так и негласных средств и методов, направленные на непосредственное выявление и использование фактических данных, необходимых для решения задач ОРД¹.

Принимая во внимание то, что ФЗ об ОРД не содержит законодательных определений сущности и содержания ОРМ, органы, осуществляющие ОРД, в пределах своей компетенции определяют их понятие и регламентируют их организацию и тактику в ведомственных нормативных актах. Примечательно, что в последнее время стали появляться ведомственные нормативные акты, регулирующие процедуру ОРМ без ограничительного грифа секретности, в частности Инструкция «О порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации гласного оперативно-розыскного мероприятия обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств»².

Приветствуя в целом более детальную регламентацию ОРД, способствующую эффективной реализации права оперативно-розыскных органов на проведение ОРМ, полагаем, что многосубъектность ведомственных нормотворцев содержит определенный негативный потенциал. Так, проведенный В.Ф. Луговиком контент-анализ научных и правовых источников позволяет утверждать, что в настоящее время между различными органами, осуществляющими ОРД, наблюдается несогласованность терминологии, в том числе и при формулировании положений в ведомственных нормативных правовых актах; дается различное толкование норм ФЗ об ОРД; имеются расхождения по концептуальным проблемам оперативно-розыскной науки³.

На этом фоне одобрение вызывает совместно разработанная и утвержденная Инструкция о порядке представления результатов ОРД в уголовное судопроизводство⁴. Однако это единственное ис-

¹ Чечетин, А.Е. Теоретические и правовые проблемы оперативно-розыскных мероприятий: моногр. / А.Е. Чечетин. Барнаул: БЮИ МВД России, 2005. С. 53.

² Утверждена приказом МВД России от 1 апреля 2014 г. № 199.

³ Луговик, В.Ф. Перспективы совершенствования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности / В.Ф. Луговик // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф. Омск: ОмЮИ, 2010. С. 27.

⁴ Утверждена приказом от 27 сентября 2013 г. МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК РФ № 68.

ключение из правил, которое регулирует лишь отдельный аспект ОРД. Поэтому, если рассматривать решение этого вопроса с позиций ведомственной регламентации, то наиболее предпочтительным вариантом будет издание совместного (всеми субъектами ОРД) нормативного акта, регулирующего процедуру осуществления ОРМ¹.

Однако с точки зрения завершенности и позиции высшей юридической силы представляется целесообразным законодательное закрепление процедуры проведения каждого ОРМ в отдельной норме ФЗ об ОРД. Специалисты отмечают, что практика испытывает значительные затруднения в связи с отсутствием законодательного определения ОРМ и детального регулирования многих положений, связанных с подготовкой и проведением всей системы ОРМ, соотношением этой системы с иными институтами в сфере ОРД². В связи с этим мы поддерживаем А.Е. Четчина, который, развивая предложение А.Ю. Шумилова и некоторых других ученых, предлагает включить в ФЗ об ОРД отдельную главу, посвященную основаниям, условиям и процедуре проведения ОРМ³. Такой подход позволит на законодательном уровне закрепить ОРМ как легальные способы собирания информации и познания окружающей действительности. И только такой подход, на наш взгляд, создаст необходимые предпосылки для эффективной реализации законодательного права органов, осуществляющих ОРД, на проведение ОРМ.

В частности, все это позволит систематизировать нормы законодательства, регулирующие проведение ОРМ, и соединить их в целостный комплекс правовых положений, представляющий собой механизм реализации права государственных органов на проведение ОРМ. В действующем законодательстве данная совокупность норм хаотично распределена по различным статьям ФЗ об ОРД и других законодательных актов.

¹ *Луговик, В.Ф.* Указ. соч. С. 29.

² *Кириллов, А.П.* Некоторые нормы подзаконного правового акта, не имеющие перспективы реализации в практике оперативных подразделений / А.П. Кириллов, В.А. Нетреба. Вопросы теории и практики оперативно-розыскных мероприятий: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. А.Е. Четчина. Барнаул: БЮИ МВД России, 2003. С. 39.

³ См.: *Шумилов, А.Ю.* Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: моногр. / А.Ю. Шумилов. М., 1997; Новая редакция оперативно-розыскного закона России: Открытый проект: науч.-справ. пособие / авт.-сост А.Ю. Шумилов. М.: ИД И.И. Шумиловой, 2004. С. 8—16; *Четчин, А.Е.* Проект законодательного регулирования оперативно-розыскных мероприятий / А.Е. Четчин // *Полицейское право.* 2006. № 4.

Так, при наличии общего права всех органов, осуществляющих ОРД, проводить ОРМ, ст. 8.1 ФЗ об ОРД содержит *исключительное право* оперативных подразделений органов федеральной службы безопасности проводить ОРМ в целях определения факта установления иностранным инвестором контроля над хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В другом случае законодатель, определив перечень органов, которым предоставляется право осуществлять ОРД, в ч. 5 ст. 13 ФЗ об ОРД отмечает, что их оперативные подразделения *вправе* проводить совместно с работниками уголовно-исполнительной системы ОРМ в следственных изоляторах уголовно-исполнительной системы. Затем при формулировании оснований для проведения ОРМ в ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД законодатель обозначил, что органы, осуществляющие ОРД, в пределах своих полномочий *вправе* также собирать данные, необходимые для принятия целого перечня организационно-правовых решений.

Примечательно, что сопутствующие праву на проведение ОРМ иные права органов, осуществляющих ОРД, встречаются в иных законодательных актах. Например, в ст. 49 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах»¹ отмечается, что органы, осуществляющие ОРД, имеют *право* на проведение контролируемой поставки и проверочной закупки наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров в целях ОРД.

Такое бессистемное распределение законодательных норм, регулирующих по существу единое право органов, осуществляющих ОРД, на проведение ОРМ не способствует, на наш взгляд, правильному восприятию законодательного акта правоприменителем и гражданами, ставшими участниками оперативно-разыскных правоотношений. Вместе с тем проблема законодательной регламентации *права* на проведение ОРМ (как в принципе и правовой регламентации самих ОРМ) является весьма актуальной как с научной, так и с практической точек зрения.

Об этом, **в частности**, свидетельствует наличие среди юристов мнения о том, что далеко не вся сыскная деятельность полиции нуждается в жестком юридическом нормировании.

¹ Собр. законодательства Рос. Федер. 1998. № 2. Ст. 219.

Например, Ю.П. Соловей полагает, что полицейский, частный детектив, журналист в ходе своей деятельности вправе делать то, что не запрещено законом и чем безнаказанно может заниматься любое частное лицо: беседовать с незнакомыми людьми, задавать им вопросы и получать ответы, если те желают с ними говорить; просить кого-либо предоставить информацию и вознаграждать за это; осуществлять скрытое наблюдение за интересующими их лицами или объектами; фотосъемку, видео- и аудиозапись в общедоступных местах; собирать о ком-либо сведения; использовать, с согласия владельцев, помещения, транспортные средства, иное имущество и т.п. Иными словами, сыскная деятельность никак не затрагивающая права и свободы граждан, должна находиться за пределами сферы правового регулирования¹.

Однако позволим себе не согласиться с таким подходом, прежде всего потому, что оперативные сотрудники в процессе осуществления ОРД действуют не как частные лица, а как представители государственных правоохранительных органов. Поэтому они осуществляют не «какие-либо не запрещенные законом действия», а проводят ОРМ. Примечательно, что ч. 6 ст. 6 ФЗ об ОРД содержит прямой запрет на проведение ОРМ не уполномоченными на то физическими и юридическими лицами. Должностные лица оперативных подразделений при проведении ОРМ действуют от лица государства и в интересах государства и общества. Процедура и результаты этих мероприятий должны быть документально зафиксированы, так как в последующем могут иметь определенные юридические последствия: принятие решения о доставлении и задержании гражданина; проведении в отношении него следственных действий и т.п.

Кроме того, не следует забывать, что ОРМ могут проводиться только для достижения целей и решения задач ОРД. Соответственно в иных случаях должностные лица оперативно-разыскных органов не имеют право осуществлять их. В этом отчасти заложен определенный антикоррупционный потенциал: оперативный сотрудник обязан обосновать необходимость проведения тех или иных ОРМ

¹ Соловей, Ю.П. О совершенствовании законодательного регулирования оперативно-разыскной деятельности в Российской Федерации / Ю.П. Соловей // 15 лет Федеральному закону «Об оперативно-разыскной деятельности»: сб. материалов Всерос. науч.-практ. конф. Омск: ОмЮИ, 2010. С. 7—8.

решением задач, определенных в ФЗ об ОРД, а не своей корыстной или иной личной заинтересованностью.

Именно поэтому, на наш взгляд, основания, условия и процедура ОРМ, а также право на их проведение должны быть тщательно регламентированы в ФЗ об ОРД. В том числе и потому, что право органов, осуществляющих ОРД (оперативных подразделений полиции, в частности) на проведение ОРМ представляет собой не что иное, как право на сбор информации о лицах, предметах и событиях посредством проведения ОРМ в целях решения задач ОРД. Действительно, перечень ОРМ, в некоторых случаях ограничивающих конституционные права и свободы граждан, это тот инструментарий борьбы с преступностью¹, использовать который вправе только определенные законодателем государственные органы.

В заключение необходимо отметить, что одним из принципов ОРД полиции является соблюдение и уважение прав и свобод человека и гражданина. В связи с этим несомненный интерес представляет ч. 2 ст. 5 ФЗ о полиции, в которой устанавливается, что «деятельность полиции, ограничивающая права и свободы граждан, немедленно прекращается, если достигнута законная цель или выяснилось, что эта цель не может или не должна достигаться путем ограничения прав и свобод граждан». На наш взгляд, эта норма имеет прямое отношение к ОРД, так как при проведении ряда ОРМ могут быть ограничены конституционные права и свободы человека.

Вместе с тем ФЗ об ОРД аналогичного положения не содержит. Лишь в ч. 6 ст. 9 ФЗ об ОРД указывается, что «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». Данное постановление является формальным основанием для проведения ОРМ, ограничивающих конституционные права и свободы человека и гражданина. В связи с

¹ Автор использовал обобщающее словосочетание «борьба с преступностью» основываясь на ст. 1 ФЗ об ОРД, в частности на следующей формулировке законодателя «...в целях защиты жизни, здоровья..., собственности... от преступных посягательств». Можно предположить что «защита» от чего-либо это по существу «борьба» с чем-либо, а «преступные посягательства» — это, по существу, и есть «преступность». Безусловно, в настоящее время ФЗ об ОРД предполагает использование методов ОРД и при принятии решения о назначении определенной категории государственных должностных лиц, судей, в сфере арбитражных и налоговых отношений. Это позволяет нам говорить о том, что ОРД — это не только борьба с преступностью. Но ведь очевидно, что ОРД применяется для борьбы с преступностью!

этим сроки проведения указанных ОРМ по действующему законодательству ограничены только сроками действия судебного постановления. Отсюда можно сделать вывод, что проведение ОРМ может продолжаться, даже если «законная цель» их проведения достигнута или выяснилось, что эта цель не может или не должна достигаться путем ограничения прав и свобод граждан (при условии что срок действия судебного постановления еще не истек). Полагаем, что в данном случае имеет место пробел в оперативно-разыскном законодательстве, который нуждается в устранении.

Другим немаловажным элементом процедуры обеспечения прав и свобод человека в деятельности полиции является неукоснительное соблюдение ее сотрудниками своих обязанностей. Так, в ч. 4 ст. 5 ФЗ о полиции предписано, что сотрудник полиции обязан «в случае применения к гражданину мер, ограничивающих его права и свободы, разъяснить ему причину и основания применения таких мер, а также возникающие в связи с этим права и обязанности гражданина». Безусловно, в ОРД, как правило, ограничение прав и свобод человека осуществляется негласно под соответствующим контролем суда и надзором прокурора. Вместе с тем в некоторых случаях при проведении гласных ОРМ¹ оперативные сотрудники полиции сталкиваются с объективной необходимостью разъяснить гражданину причину и основания применения в его отношении тех или иных мер, а также возникающие у него в связи с этим права и обязанности. Однако в такой ситуации им придется руководствоваться полицейским законодательством, так как ФЗ об ОРД рассматриваемой обязанности должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, не содержит.

§ 2. Изъятие предметов, документов, материалов и сообщений при проведении оперативно-разыскных мероприятий

¹ Например, в процессе гласного изъятия документов, предметов и материалов, предусмотренного ст. 15 ФЗ об ОРД, или при проведении гласного обследования участков местности и нежилых помещений, принадлежащих гражданину на правах частной собственности.

В ходе решения задачи по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений сотрудники оперативных подразделений получают представляющую оперативный интерес информацию о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступления, о событиях и фактах, о предметах и документах, свидетельствующих о причастности указанных лиц к совершению преступления. Достаточно часто при проведении ОРМ в целях выявления, предупреждения или раскрытия преступления перед оперативными сотрудниками возникает необходимость изъятия и сохранения различных объектов материального мира.

Законодатель, предусмотрев данную необходимость, определил в п.1 ч.1 ст. 15 ФЗ об ОРД право органов, осуществляющих ОРД, при проведении ОРМ производить изъятие документов, предметов, материалов и сообщений. Так как изъятие не является самостоятельным ОРМ, возникает актуальный проблемный вопрос об основаниях и условиях осуществления данного оперативно-разыскного действия в правоприменительной практике. Решение этой комплексной, на наш взгляд, проблемы следует начать с изучения целей, достигаемых оперативными сотрудниками при осуществлении изъятия документов, предметов, материалов и сообщений, так как именно это определяет их дальнейший статус и перспективы использования.

Нам представляется, что при проведении ОРМ изъятие документов, предметов, материалов и сообщений может осуществляться в следующих целях:

- 1) для предупреждения преступлений (изъятие подготовленного к совершению преступления оружия, взрывного устройства и т.п.);
- 2) для обеспечения их сохранности и дальнейшего использования в качестве доказательств (изъятие оружия, ранее использованного при совершении преступления; документов, подтверждающих факт преступления и т.п.);
- 3) для дальнейшего их исследования, в том числе сравнительного (изъятие наркотиков, сбор образцов крови, голоса для сравнительного исследования и т.п.);
- 4) для документирования преступных действий (при проведении оперативного эксперимента, контролируемой поставки и т.п.).

В зависимости от конкретной тактической ситуации при проведении изъятия документов, предметов, материалов и сообщений могут достигаться сразу несколько целей. Например, в целях предупреждения преступления было изъято огнестрельное оружие, прове-

дено его исследование и обеспечена его сохранность и возможность дальнейшего использования в качестве вещественного доказательства.

В некоторых случаях факт изъятия предметов или материалов при проведении ОРМ может влиять на квалификацию преступного деяния. Например, в тех случаях, когда в ходе проверочной закупки, проводимой представителями правоохранительных органов в соответствии с ФЗ об ОРД, осуществляется передача наркотического средства, психотропного вещества или их аналогов, содеянное следует квалифицировать по ч. 3 ст. 30 и соответствующей части ст. 228.1 УК РФ, поскольку в этих случаях происходит изъятие наркотического средства или психотропного вещества из незаконного оборота¹. Аналогичная ситуация складывается при документировании передачи и изъятии ядовитых веществ².

Необходимо подчеркнуть, что в соответствии со ст. 15 ФЗ об ОРД изъятие может осуществляться только при проведении ОРМ или являться неотъемлемой частью ОРМ, в частности сбора образцов для сравнительного исследования. В связи с этим полагаем, что основанием для производства изъятия является наличие сведений, полученных при проведении ОРМ, о местонахождении документов, предметов, материалов и сообщений, имеющих значение для выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений.

При рассмотрении этого вопроса особый интерес представляет мнение некоторых авторов, которые полагают, что согласно ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД изъятие документов, предметов, материалов и сообщений допускается лишь в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы безопасности страны, а если такой угрозы нет, то законные основания для изъятия отсутствуют³. На наш взгляд, подобные рассуждения не выдерживают критики. Принимая указанный ошибочный подход авторов можно утверждать, что и проведение гласных или негласных ОРМ возмож-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 8.

² Определение Верховного Суда РФ от 09.10.2007 № 41Д-07-59.

³ *Корневский, Ю.В.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам / Ю.В. Корневский, М.Е. Токарева. М., 2000. С. 64; Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. А.Я. Сухарева, 2-е изд., перераб. М.: Норма, 2004 // СПС КонсультантПлюс.

но лишь в случае возникновения перечисленных угроз. Однако это постановочное утверждение категорически противоречит ст. 6, ст. 7 и ст. 8 ФЗ об ОРД, определяющим все основания и условия проведения ОРМ.

Мы полагаем, что такое мнение могло сложиться в силу несовершенства конструкции правовой нормы, содержащейся в п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД. Последняя позволяет трактовать непосредственную угрозу жизни и здоровью лица или безопасности страны как обязательное условие не только для прерывания услуг связи, но и для проведения ОРМ и возможного изъятия при их проведении документов, предметов, материалов и сообщений.

Следует отметить, что мы не встречали подобной неверной трактовки рассматриваемой нормы в следственной и судебной практике. Однако, на наш взгляд, необходимо заблаговременно прогнозировать использование такого подхода к толкованию норм оперативно-разыскного законодательства как меры криминального противодействия. В связи с этим полагаем целесообразным изложить п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД в следующей редакции: «Проводить гласно и негласно оперативно-разыскные мероприятия, перечисленные в статье 6 настоящего Федерального закона, производить при их проведении изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, *а также, в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, либо угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации, прерывать предоставление услуг связи*».

Важнейшим условием изъятия документов, предметов, материалов и сообщений в ОРД, на наш взгляд, является соблюдение нормативной правовой процедуры его осуществления. Достаточно часто в следственной и судебной практике встречаются негативные факты нарушения юридических процедур при проведении ОРМ, что приводит к признанию недопустимыми доказательств, образованных на их основе.

Так, постановлением Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 10 октября 2007 г. уголовное дело в отношении Б., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного п. «в» ч. 4 ст. 290 УК РФ, и в отношении А., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч. 5 ст. 33, п. «в» ч. 4 ст. 290 УК РФ, возвращено прокурору Карачаево-Черкесской Республики для устранения препятствий его рассмотрения судом.

Суд указал, что обвинительное заключение по делу составлено с нарушением требований УПК РФ, результаты ОРМ, представленные в судебном заседании как доказательства виновности Б. и А., получены с нарушением ФЗ об ОРД и, следовательно, являются недопустимыми, поскольку имеющееся в деле постановление о передаче следователю материалов ОРМ «оперативный эксперимент» подписано ненадлежащим лицом. В качестве недопустимых доказательств суд указал протокол передачи денежных купюр и применения специальных окрашивающих средств, протокол передачи технических средств, протокол изъятия технических средств и производные от них заключения судебных экспертиз¹.

До 2008 г. ФЗ об ОРД фактически не определял процедуру изъятия, тем самым, оставляя ее на усмотрение оперативно-разыскных ведомств. Однако, с нашей точки зрения, целесообразным было бы изложить процедуру изъятия документов, предметов, материалов и сообщений в ФЗ об ОРД или межведомственной инструкции, так как это позволит упорядочить данный элемент ОРД всех органов, имеющих право ее осуществлять.

Отчасти данное предположение было реализовано в изменениях и дополнениях, внесенных 26 декабря 2008 г. в ФЗ об ОРД². До принятия этого законодательного акта сотрудники оперативных подразделений различных ведомств решали эту проблему самостоятельно, основываясь на действующем законодательстве, ведомственных нормативных актах и собственном правосознании.

Так, сотрудники Федеральной службы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ в некоторых случаях изъятие предметов и документов до возбуждения уголовного дела осуществляли путем «проведения комплекса мероприятий по возбуждению и прекращению административного производства» или «использования в процессе оперативно-розыскной деятельности

¹ Обзор кассационной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 2007 год // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 9.

² Ст. 15 ФЗ об ОРД в редакции Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части исключения внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок субъектов предпринимательской деятельности» от 26 декабря 2008 г. № 292-ФЗ // Российская газета. 2008. 30 дек.

протокола административного досмотра»¹. При этом сам автор этих строк предполагал, что «в случае целенаправленного выявления признаков преступления данная процедура является неверной»².

Действительно, одной из мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении, предусмотренных ч. 1 ст. 27.1 КоАП РФ, является изъятие вещей и документов. В соответствии с указанной нормой данная мера применяется в целях пресечения административного правонарушения, установления личности нарушителя, составления протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте выявления административного правонарушения, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела об административном правонарушении и исполнения принятого по делу постановления.

При этом процедура административно-процессуального изъятия достаточно детально рассмотрена в ст. 27.10 КоАП РФ. Преимущество такого детального изложения алгоритма действий должностных лиц и их процедурных аспектов заключается в том, что оно позволяет устранить многие противоречия между правоохранительными органами и лицами, у которых производится изъятие. Это, в свою очередь, позволяет сотрудникам правоохранительных органов эффективно исполнять свои обязанности, соблюдая при этом права и свободы человека и гражданина. Однако при всех указанных достоинствах административно-процессуального изъятия вещей и документов, на наш взгляд, оно не приемлемо для ОРД, так как в соответствии со ст. 2 ФЗ об ОРД ее задачами являются выявление и раскрытие преступлений.

Достаточно широкий правовой инструментарий изъятия и детальная регламентация его процедуры в процессе расследования преступлений содержится в уголовно-процессуальном законодательстве.

Так, предметы могут изыматься в соответствии со: ст. 177 УПК РФ в ходе проведения осмотра места происшествия, местности, жилища, иного помещения; ст. 182 УПК РФ — в ходе проведения обыска; ст. 183 УПК РФ — при производстве выемки; ст. 184 УПК РФ — при производстве личного обыска. Однако указанные

¹ Пугачев, Е.В. О целесообразности законодательного закрепления использования изъятия в оперативно-розыскной деятельности / Е.В. Пугачев // Оперативник (с�щик). 2007. № 3. С. 40.

² Пугачев, Е.В. Указ. соч. С. 40.

следственные действия осуществляются только в рамках уголовного дела (а следовательно, они не применимы на стадии предварительной оперативной проверки или разработки), за исключением осмотра, который в случаях не терпящих отлагательства может быть произведен и до возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 176 УПК РФ). Однако следует учитывать, что проведение осмотра места происшествия, как средства предварительной проверки сообщения о преступлении, предполагает последующее принятие процессуального решения о возбуждении (или отказе в возбуждении) уголовного дела, что тоже не всегда приемлемо для ОРД.

Отчасти разрешил спор в данном вопросе Федеральный закон от 26 декабря 2008 г., который значительно расширил п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, детализировав процедуру изъятия при проведении ОРМ, тем самым признавая легальной возможность осуществления оперативно-разыскного изъятия.

В связи с этим отметим, что важнейшим процедурным элементом является оформление результатов проведенного оперативно-разыскного изъятия. В действующей редакции п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД отмечается, что в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных ОРМ должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства РФ. Полагаем, законодатель в данном случае имеет в виду требования к протоколу следственного действия, предусмотренные ст. 166 УПК РФ.

Тщательное оформление протокола приобретает особую актуальность, если целью оперативно-разыскного изъятия является обеспечение сохранности документов, предметов, материалов и сообщений для дальнейшего использования в доказывании по уголовным делам. В соответствии с п. 20 Инструкции, *результаты ОРД*, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, *должны содержать* сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на ОРМ, при проведении которых получены предполагаемые доказательства, а также *данные, позволяющие проверить в условиях уголовного судопроизводства доказательства, сформированные на их основе*.

В нашем случае документы, предметы, материалы и сообщения, изъятые при проведении ОРМ как предполагаемые доказательства на основании ст. 88 УПК России, должны пройти оценку с точ-

ки зрения относимости, допустимости и достоверности. Иными словами протокол оперативно-разыскного изъятия должен содержать сведения о месте, времени, способах изъятия, количестве и качестве изъятых документов, предметов, материалов и сообщений, лицах, производящих изъятие, присутствующих при изъятии, участии специалиста, применении технических средств, а при необходимости и других обстоятельствах изъятия. Наличие данных сведений позволит дознавателю, следователю, прокурору и суду проверить их достоверность в рамках уголовного судопроизводства. В частности, путем допроса присутствовавших при изъятии граждан (как понятых — по аналогии с уголовным процессом). В случае изъятия документов при проведении гласных ОРМ, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, требуется изготовление копий этих документов, заверенных должностным лицом, производившим изъятие, которые передаются лицу, у которого изымаются документы.

В настоящее время в соответствии с действующим оперативно-разыскным законодательством (п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД) и ведомственными нормативными актами МВД России, оперативно-разыскное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений может осуществляться как гласно, так и негласно. В связи с этим не всегда при проведении негласного изъятия могут присутствовать посторонние граждане. При этом весьма вероятна ситуация, что в целях соблюдения режима секретности в протоколе невозможно будет отразить способ изъятия, сведения о лицах, принимавших участие, и других обстоятельствах проведенного мероприятия. В этих случаях, вполне вероятно, следствие и суд могут признать результаты изъятия недопустимыми доказательствами, что воспрепятствует их использованию в уголовном процессе. Вместе с тем это обстоятельство не исключает возможности использования результатов такого изъятия в иных целях, например для дальнейшего исследования изъятых образцов, документирования преступной деятельности. Принимая это во внимание, оперативный сотрудник должен еще на подготовительном этапе определить цели и перспективы использования результатов оперативно-разыскного изъятия, а соответственно, определить способ его оформления, необходимость участия граждан, использования технических средств фиксации и т.п.

При проведении ряда ОРМ изъятие является изначально планируемым действием. Например, при обследовании помещений с целью обнаружения оружия или наркотиков, исследования докумен-

тов с целью обнаружения среди них таких, которые отражают факт совершенного преступления.

Изъятие и обеспечение сохранности контролируемых предметов вообще является отличительным признаком контролируемой поставки, поскольку в противном случае проведение мероприятия теряет всякий смысл, так как без изъятия запрещенных к обороту предметов, во-первых, становится невозможным привлечение виновных к уголовной ответственности за незаконные операции с ними, а во-вторых, не обеспечивается пресечение дальнейшего незаконного оборота запрещенных предметов¹.

Вместе с тем в практике оперативных подразделений достаточно часто встречается ситуация, когда необходимость изъятия предметов или документов возникает уже в процессе проводимого ОРМ. Например, в ходе наблюдения за подозреваемым были обнаружены оставленные им в тайнике вещи, в ходе опроса граждан сообщает об имеющихся у него документах, имеющих значение для раскрытия преступления, и т.п. Мы полагаем, что данное обстоятельство не является препятствием для проведения изъятия, так как в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, изъятие может быть произведено при проведении *любого* из ОРМ, перечисленных в ст. 6 ФЗ об ОРД. При этом факт проведения ОРМ будет подтверждаться либо постановлением о его проведении (при оперативном эксперименте, проверочной закупке и т.д.), либо рапортом оперативного сотрудника о проведении ОРМ, в ходе которого было произведено изъятие (при наведении справок, отождествлении личности, опросе и т.д.). В то время как сама процедура изъятия, в соответствии с указанными выше законодательными положениями, будет зафиксирована в протоколе.

В процессе организации и при выборе тактики оперативно-розыскного изъятия особое внимание следует уделять непосредственно объектам, подлежащим изъятию, т.е. документам, предметам, материалам и сообщениям. Ранее многие ученые полагали, что под предметами надлежит понимать любые материальные образования, вещи, имеющие значение для решения конкретных задач ОРД; под материалами — прежде всего документы, содержащие сведения, представляющие интерес для органов, осуществляющих ОРД; под сообщениями — информацию, передаваемую по различным каналам

¹ Чечетин, А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий: дис. ... д-ра юрид. наук / А.Е. Чечетин. Омск, 2006. С. 203.

связи (почтовым, электрическим)¹. В настоящее время документы выделены законодателем в отдельный, самостоятельный объект изъятия. Поэтому под материалами следует понимать иные материальные объекты (вещества, сырье и т.п.).

При этом следует отметить, что изъятие имущества органами, осуществляющими ОРД, носит временный характер, не приводит к его отчуждению и не порождает перехода права собственности к государству². Такое решение может быть принято только судом по основаниям, предусмотренным УПК РФ.

В зависимости от объекта изъятия оперативному сотруднику следует заранее определиться с участием специалистов и использованием необходимых технических средств. Например, при изъятии компьютерной техники привлеченный специалист поможет обеспечить сохранность электронной информации, находящейся в изъятых носителях, а бухгалтер поможет оперативному сотруднику определиться с конкретными документами, отражающими незаконные экономические операции и подлежащими изъятию³.

Необходимо подчеркнуть, что законодатель особенно тщательно регламентирует процедуру изъятия документов и электронных носителей информации при проведении гласных ОРМ. В частности, им детально излагается порядок копирования изымаемых документов и электронных носителей информации, указываются срок, способы и условия передачи изготовленных копий. Правовой целью такого подробного нормативного регулирования является обеспечение стабильного функционирования юридического лица и в частности его финансово-хозяйственной деятельности после проведенного изъятия документов и электронных носителей информации, а также возможности обжалования гражданами обоснованности изъятия должностными лицами органов, осуществляющих ОРД, тех или иных документов, и требования возвращения их оригиналов.

¹ Например, см.: Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. коммент. / под ред. А.Е. Четчина, 10-е изд., перераб. и доп. Барнаул: БЮИ МВД России, 2005. С. 175.

² Например, см.: Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». С приложением решений Конституционного Суда Российской Федерации и Европейского суда по правам человека. М.: Норма, 2006. С. 287.

³ Подробнее см.: *Жданов, С.П.* Использование специальных познаний в выявлении преступлений, совершаемых во внешнеэкономической деятельности: учеб.-практ. пособие / С.П. Жданов, А.Ю. Шумилов. М.: ИД Шумиловой И.И., 2011.

В то же время при копировании документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях, должны обеспечиваться условия, исключающие возможность утраты или изменения документов и (или) информации. Данная норма, на наш взгляд, предписывает должностным лицам органов, осуществляющих ОРД, учитывать физическое состояние документов и электронных носителей, а также технические возможности их уничтожения или искажения содержащейся в них информации при осуществлении копирования. В случае невозможности обеспечить условия, исключающие утрату или изменения документов и (или) информации, от их копирования следует отказаться и в целях обеспечения сохранности данных документов и электронных носителей информации провести их изъятие без копирования. Именно поэтому законодатель прямо указал, что не допускается копирование документов и (или) информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях информации, если это может воспрепятствовать осуществлению ОРД.

Кроме того, по нашему мнению, в данном случае законодатель предусмотрел возможность изъятия документов и электронных носителей, содержащих противоправную информацию (экстремистская литература, описание способов изготовления взрывных устройств, наркотиков и т.п.) или информацию ограниченного распространения (например, похищенные сведения, составляющие государственную тайну), копирование и передача которой лицу, у которого она изымается из незаконного владения, противоречит логике обеспечения общественной и государственной безопасности, а также препятствует достижению целей и решению задач ОРД.

Вместе с тем основания принятия решения об изъятии документов и (или) электронных носителей информации без их копирования должны быть указаны в протоколе изъятия, а лицу, у которого они изымаются, должно быть разъяснено его право на обжалование действий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, о чем также делается запись в протоколе.

Немаловажным аспектом соблюдения процедуры изъятия документов, предметов, материалов и сообщений при проведении ОРМ является соотношение прав и обязанностей участвующих сторон. Как справедливо отмечает А.Е. Чечетин, при проведении всех негласных ОРМ следует говорить о существовании властеотношений. Вместе с этим он отмечает, что при проведении гласных ОРМ они могут приобретать форму правоотношений, так как между оператив-

ным сотрудником и правонарушителем реально возникает взаимная связь, сопровождающаяся появлением корреспондирующих прав и обязанностей, имеющих свою законодательную основу¹.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД право сотрудников оперативных подразделений на гласное проведение ОРМ и изъятие при этом документов, предметов, материалов и сообщений корреспондирует с закрепленной в части второй этой же статьи обязанностью исполнения законных требований должностных лиц всеми физическими и юридическими лицами.

Необходимо отметить, что в ст. 15 ФЗ об ОРД не указано на возможность принудительного изъятия документов, предметов и материалов при проведении ОРМ, однако в ней нет и запрета на него. При этом подчеркнем, что изъятие (в том числе принудительное) является объективным логическим завершением некоторых ОРМ. В частности, при проведении оперативного эксперимента и задержания взяточполучателя с поличным последующее изъятие предмета взятки, как правило, осуществляется без его согласия. Аналогичная ситуация складывается в ходе проведения проверочной закупки при задержании с поличным сбытчиков наркотических средств, когда изъятие денежных средств, переданных сбытчикам при расчете за наркотики, осуществляется вне зависимости от их согласия.

Кроме того, Верховный Суд РФ неоднократно признавал допустимыми к использованию в уголовном судопроизводстве результаты ОРД, содержащие материалы принудительного обследования помещений, личного досмотра граждан и изъятия документов и предметов².

В то же время сотрудники оперативных подразделений обязаны соблюдать права и свободы человека и гражданина при осуществлении ОРД. В связи с этим гражданину, у которого произведено изъятие, должен быть разъяснен порядок обжалования произведенных оперативно-разыскных действий соответствующему руководителю ОВД, прокурору или в суд, о чем в завершающей части протокола изъятия производится отметка. Как указано в п. 2

¹ Четчин, А.Е. Обеспечение прав личности при проведении оперативно-розыскных мероприятий: дис. ... д-ра юрид. наук. С. 124.

² Например, см.: определение Верховного Суда РФ от 3 сентября 2004 г. (дело № 47-о04-75), кассационное определение Верховного Суда РФ от 16 августа 2006 г. (дело № 7-о06-15), определение Верховного Суда РФ от 11 сентября 2008 г. № КАС 08-459.

определения Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-о, право на обжалование возникает у граждан, даже если они только полагают, что действия должностных лиц оперативных подразделений привели к нарушению их прав и свобод.

Подводя итог констатируем, что оперативно-разыскное изъятие документов, предметов, материалов и сообщений, имеет свои правовую природу, цели, средства, а также правовые последствия, отличные от уголовно-процессуальных и административно-процессуальных. Данное обстоятельство, на наш взгляд, предполагает необходимость более детального нормативного закрепления оперативно-разыскной процедуры изъятия в целях формирования эффективного механизма реализации соответствующего права органов, осуществляющих ОРД.

§ 3. Прерывание предоставления услуг связи в процессе осуществления оперативно-разыскной деятельности

В современных условиях технического развития общества, ускорения информационных процессов и расширения информационного пространства системы связи играют весьма значимую социальную роль. Помимо совершенствования технической составляющей систем связи и технологий передачи информации, активное развитие получило правовое регулирование общественных отношений, складывающихся в процессе предоставления услуг связи. В частности, основным нормативным правовым актом, регулирующим данные отношения, является ФЗ о связи.

Однако наряду с положительным коммуникативным эффектом в жизни общества развитие технологий и средств связи повлекли за собой их использование в противоправной деятельности. Анализ складывающейся ситуации позволяет утверждать, что совершенствование сетевых телекоммуникационных технологий приводит не только к ускорению развития общества, но и к расширению источников опасности для него, в том числе связанных с явлениями криминального

плана¹. В настоящее время информационно-коммуникационные системы связи представляют собой и «место» совершения преступлений (например, интернет-ресурсы), и средство их совершения (например, телефонная и факсимильная связь при совершении мошенничеств). Именно поэтому, законодатель предоставил оперативно-разыскным органам возможность осуществлять комплекс ОРМ, позволяющих с разрешения суда контролировать и фиксировать общение граждан по телефонным и иным каналам связи.

Таким образом, именно развитие средств коммуникации, компьютерных технологий, иных технических средств, в свою очередь, послужило толчком к их использованию в ОРД для добывания, обработки и анализа информации, предупреждения и нейтрализации противодействия правоохранительным органам, снятия информации с технических каналов связи².

Вместе с тем при помощи телефонной связи преступники могут передавать криминальную информацию, отдавать и принимать указания о совершении преступлений, пресечь которые крайне затруднительно или невозможно. Такая ситуация может возникнуть в том случае, когда заблокированные в квартире преступники осуществляют телефонное общение с сообщниками, находящимися за периметром оцепления. Крайне сложная ситуация может возникнуть, если установлен организатор или заказчик убийства, но неизвестен исполнитель, который ожидает от них распоряжений о его совершении. В следственной и оперативно-разыскной практике имелись случаи, когда мобильные телефонные аппараты использовались в здании взрывных устройств с дистанционным управлением.

Во всех указанных ситуациях и аналогичных им пресечь или предупредить преступление при помощи имеющегося арсенала ОРМ не представляется возможным. Именно поэтому, на наш взгляд, законодатель в п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД предусмотрел право органов, осуществляющих ОРД, прерывать предоставление услуг связи.

¹ Подробнее см.: *Осипенко, А.Л.* Сетевая компьютерная преступность: теория и практика борьбы: моногр. / А.Л. Осипенко. Омск: ОМА МВД России, 2009.

² См.: *Вагин, О.А.* Конституционные проблемы оперативно-розыскной деятельности (научный доклад) / О.А. Вагин // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности: сб. материалов Всерос. круглого стола (3 нояб. 2011 г.) / сост. К.Б. Калиновский. СПб.: Петрополис, 2012.

Как справедливо отмечает Е.А. Доля, «познание в оперативно-розыскной деятельности невозможно без одновременного происходящего при этом преобразования действительности... С учетом именно необходимости преобразования действительности законодателем сформулировано, например, положение, согласно которому органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, предоставлено право прерывать предоставление услуг связи»¹.

Действительно, данное оперативно-розыскное действие² в отличие от ОРМ не имеет познавательной направленности, его ценность заключается в воздействии на окружающую действительность с целью ее изменения. Например, А.Ю. Шумилов так пишет об этом: «Под оперативно-розыскной мерой пресечения понимают активное позитивное *воздействие* (выделено нами. — В.Г.) оперативника (агента и др.) на обстановку, способствующую совершению преступления (реализации угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности России) с целью воспрепятствования началу преступления или его развитию (недопущения осуществления соответствующей угрозы безопасности России), которое заключается во временном ограничении отдельных прав (свобод) конкретного человека. Эти меры называют также мерами обеспечения оперативно-розыскного производства...»³.

В связи с изложенным полагаем возможным согласиться с А.П. Киселевым в том, что прерывание предоставления услуг связи представляет собой внезапное, одномоментное прекращение предоставления какой-либо услуги связи или ее приостановление на неопределенное время, целью которого является недопущение получения соответствующей криминальной информации адресатом⁴.

¹ См.: Доля, Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности: моногр. / Е.А. Доля. М.: Проспект, 2009.

² Мы не согласны с А.Ю. Шумиловым, который прерывание предоставления услуг связи предлагает называть не действием, а оперативно-розыскной мерой пресечения (например, см.: Оперативно-розыскная энциклопедия. С. 238; Новая редакция оперативно-розыскного закона России: Открытый проект: науч.-справ. пособие / авт.-сост А.Ю. Шумилов. М.: ИД И.И. Шумиловой, 2004. С. 14; Шумилов, А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов / А.Ю. Шумилов. 3-е изд., доп. и перераб. М.: ИД Шумиловой И.И., 2008. С. 281 и др.).

³ Шумилов, А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. С. 281.

⁴ См.: Киселев, А.П. Комментарий к Федеральному закону от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»: постатейный / А.П. Киселев // СПС КонсультантПлюс, 2008.

В теории известны и другие определения. В частности А.Ю. Шумилов полагает, что прерывание предоставления услуг связи есть «одномоментное прекращение предоставления определенной услуги связи или ее приостановление на определенное время с целью лишения лица изучаемого возможности использовать средства связи для совершения преступного деяния, угрожающего жизни и (или) здоровью человека, а равно создающего угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности РФ»¹.

В контексте указанных оперативно-тактических ситуаций, а также с учетом превентивного потенциала данное право, на наш взгляд, имеет исключительно большое значение для оперативно-разыскного предупреждения и пресечения преступлений. Вместе с тем реализация права прерывать предоставление услуг связи содержит ряд существенных законодательных и организационно-тактических особенностей.

Прежде всего Оперативно-разыскной закон разрешает реализацию данного права только в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации. Важным положением данной нормы является то, что угроза лицу или безопасности России должна быть *непосредственной*, так как только в этом случае прерывание предоставления услуг связи будет признано обоснованным.

Мы полагаем, что в данном случае следует прежде всего исходить из толкования норм уголовного права. Так, при уточнении понятия и содержания крайней необходимости (ст. 39 УК РФ) ученые определяют опасность угрозы как *непосредственную*, если «в случае ее неустранения немедленно наступили бы вредные последствия для правоохраняемых интересов личности, общества или государства»².

Аналогично при комментировании п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД оценивает непосредственную угрозу А.П. Киселев, который указывает на то обстоятельство, что «неблагоприятные последствия могут последовать сразу же или через непродолжительное время после получения адресатом передаваемой информации»³. Таким образом, между инфор-

¹ Оперативно-розыскная энциклопедия. С. 238.

² Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: постатейный / отв. ред. В.М. Лебедев. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2007 // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: Киселев, А.П. Указ. соч.

мацией, передаваемой с использованием средств связи, и наступлением отрицательных последствий для жизни и здоровья лица или безопасности РФ, должна проследиваться прямая причинно-следственная связь. Именно в этом случае угроза жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности РФ можно оценить как непосредственные и осуществить прерывание предоставления услуг связи.

Следует особо подчеркнуть, что информация о возникновении данных угроз может поступить в оперативные подразделения при проведении любого ОРМ из числа перечисленных в ст. 6 ФЗ об ОРД.

Такой вывод основывается прежде всего на юридической конструкции п. 1 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, а также на результатах анализа оперативно-разыскной практики. Оперативный сотрудник может получить информацию о наличии указанных угроз при осуществлении опроса граждан, наблюдения за проверяемыми и разрабатываемыми лицами, в процессе оперативного внедрения в преступные группы и т.д. Полученные таким образом сведения, при условии их достоверности, на наш взгляд, уверенно могут использоваться в качестве оснований для прерывания предоставления услуг связи.

В связи с этим трудно согласиться с мнением о том, что ситуации, требующие подобных действий, могут возникать исключительно при проведении таких мероприятий, как контроль почтовых отправок, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи¹. Во-первых, это необоснованно ограничивает круг оперативно-разыскных возможностей по пресечению и предупреждению преступлений путем прерывания связи, а во-вторых, создает предпосылки для неверного предположения о необходимости получения судебного решения на прерывание предоставления услуг связи.

Так, Л.К. Терещенко при комментировании ст. 64 ФЗ о связи отмечает, что в ней не упоминается о судебном решении об оперативно-разыском прерывании связи, «однако следует обратить внимание на отсылку к законодательству об оперативно-розыскной деятельности, которое предусматривает наличие судебного решения»². Полагаем, что автор указанных строк имеет ввиду ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД, в которой указано, что проведение ОРМ, ограничивающих

¹ См.: Киселев, А.П. Указ. соч.

² Терещенко, Л.К. Комментарий к Федеральному закону «О связи»: постатейный / Л.К. Терещенко. М.: Юстицинформ, 2005 // СПС КонсультантПлюс.

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.

Вместе с тем, на наш взгляд, анализ данной нормы позволяет сделать однозначный вывод о том, что прерывание предоставления услуг связи как таковое не ограничивает ни одного из перечисленных конституционных прав человека и гражданина. Безусловно, если изначально проводились ОРМ, ограничивающие указанные права граждан, в ходе которых возникла необходимость прервать связь абонентов, то для их проведения еще на этапе подготовки требовалось получить судебное решение. Однако в последующем решение о прерывании связи принимает руководитель органа, осуществляющего ОРД, и судебное разрешение для этого не требуется. Очевидно, что прерывание телефонных переговоров или передачи сообщений по сетям электрической связи не ограничивает прав граждан на их тайну.

Как нам представляется, этих и многих других недоразумений в правоприменении можно было бы избежать, если бы сущность и процедура реализации права органов, осуществляющих ОРД, на прерывание предоставления услуг связи были детально регламентированы в законодательных и ведомственных нормативных актах. В частности, в п. 3 ст. 64 ФЗ о связи указано, что приостановление оказания услуг связи юридическим и физическим лицам осуществляется операторами связи на основании мотивированного решения в письменной форме одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД, в случаях, установленных федеральными законами.

В свою очередь порядок взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими ОРД, в соответствии с п. 4 ст. 64 ФЗ о связи, устанавливается Правительством РФ. Однако в Правилах взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими ОРД, утвержденных постановлением Правительства РФ от 27 августа 2005 г. № 538, о процедуре прерывания предоставления услуг связи ничего не упоминается. Не содержится каких-либо предписаний, регулирующих эту сферу отношений, и в постановлении Пра-

вительства РФ об особенностях оказания услуг связи на территории г. Сочи в период проведения Олимпийских зимних игр 2014 г.¹

Некоторым исключением можно считать Указ Президента РФ от 1 сентября 1995 г. № 891 «Об упорядочении организации и проведения оперативно-розыскных мероприятий с использованием технических средств», в соответствии с которым ограничение использования сетей связи и средств связи и контроль телефонных переговоров должны проводиться оперативно-техническими подразделениями ФСБ России. Впоследствии в приказе Госкомсвязи России было предусмотрено, что сеть (служба) документальной электросвязи должна обеспечивать прерывание предоставления услуг связи конкретным абонентам и пользователям по команде из удаленного пункта управления. При этом процедуры и регламенты прерывания предоставления услуг связи, включая регистрацию фактов прерывания этих услуг, определяются в частных технических требованиях, которые согласовываются ФСБ России и утверждаются Госкомсвязи России (п. 3.6)².

В то же время не следует отождествлять право «прерывать предоставление услуг связи», предусмотренное ФЗ об ОРД, и право «приостанавливать оказание услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничивать использование сетей связи и средств связи», предусмотренное антитеррористическим законодательством.

Так, в п. 7 ч. 3 ст. 11 Федерального закона от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму» указано, что на территории (объектах), в пределах которой (на которых) введен правовой режим контртеррористической операции, в порядке, предусмотренном законодательством РФ, на период проведения контртеррористической операции допускается приостановление оказания услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничение использования сетей связи и средств связи.

Часть 7 ст. 9.1 Федерального закона от 3 апреля 1995 г. № 40-ФЗ «О федеральной службе безопасности» предусматривает «в неотложных случаях,

¹ Постановление Правительства РФ от 8 ноября 2013 г. № 1003 «Об особенностях оказания услуг связи и о порядке взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, на территории г. Сочи в период проведения XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 г. в г. Сочи».

² Приказ Госкомсвязи России от 27 марта 1999 г. № 47 «Об утверждении Общих технических требований к системе технических средств по обеспечению функций оперативно-розыскных мероприятий на сетях (службах) документальной электросвязи».

когда промедление может привести к совершению террористического акта и поставить под угрозу жизнь и здоровье граждан, либо когда имеются данные, позволяющие предполагать, что в жилом помещении совершается или совершен террористический акт, либо когда осуществляется преследование лица, подозреваемого в причастности к совершению террористического акта, сотрудники органа по борьбе с терроризмом имеют право беспрепятственно входить в жилое помещение, а также приостанавливать оказание услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничивать использование сетей связи и средств связи».

Действительно, при проведении контртеррористических операций, необходимо прекратить функционирование всех средств, сетей связи и передачу по ним каких-либо сигналов на определенной территории или объекте¹. В данном случае применение таких мер и временных ограничений оправдано, во-первых, обеспечением **безопасности** граждан путем предотвращения угрозы совершения новых террористических актов с использованием взрывных устройств с дистанционным управлением посредством какой-либо формы связи. Во-вторых, в случае блокирования террористов в здании или на участке местности, в целях воспрепятствования координации и согласованности их действий² путем прерывания общения террористов между собой, а также с организаторами и пособниками, находящимися вне зоны блокирования.

Таким образом, следует согласиться с С.В. Баженовым в том, что «приостановление оказания услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничение использования сетей связи и средств связи» предполагает отключение или блокирование всех каналов электрической, сотовой, спутниковой связи, радиосвязи, линий связи Интернета (в том числе локальных компьютерных сетей), телеграфа в районе проведения контртеррористической операции³.

¹ Подробнее см.: *Изолитов, А.С.* Совершенствование порядка распространения информации в условиях действия исключительных правовых режимов: моногр. / А.С. Изолитов; под ред. и со вступ. статьей А.Ю. Шумилова. М.: ИД Шумиловой И.И., 2009.

² См.: *Вагин, О.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

³ В то же время автор отмечает проблему ограничения использования сетей ведомственных автоматизированных телефонных станций (железнодорожных и т.п.) и кабельных каналов сети Интернет (*Баженов, С.В.* Использование мер и временных ограничений, предусмотренных правовым режимом контртеррористической операции, при осуществлении ее оперативно-розыскного обеспечения / С.В. Баженов // Актуальные проблемы противодействия терроризму: материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Белгород, 20 окт. 2011 г.). Белгород: БелГЮИ МВД России, 2011. С. 132—138).

В свою очередь оперативно-разыскное «прерывание предоставления услуг связи» не ограничивается правовыми рамками режима контртеррористической операции и решением задач борьбы с терроризмом. Напомним, что органы, осуществляющие ОРД, имеют право прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, информационной или экологической¹ безопасности РФ. Соответственно, оперативно-разыскное законодательство допускает как адресное прерывание предоставления услуг связи конкретных абонентов, так и сплошное прекращение (отключение) какой-либо связи и (или) широкомащтабное, блокирующее воздействие специальными техническими средствами на все принимающие и передающие устройства связи на определенной территории при наличии вышеперечисленных угроз.

Таким образом, полагаем обоснованным утверждать, что оперативно-разыскное право «прерывать предоставление услуг связи» является более широким по объему юридическим явлением, включающим как часть антитеррористическое «приостановление оказания услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничение использования сетей связи и средств связи».

В то же время декларативное право органов, осуществляющих ОРД, прерывать предоставление услуг связи нуждается в детальной законодательной и ведомственной регламентации процедуры его реализации. В частности, возникают вопросы по форме письменных решений руководителя органа, осуществляющего ОРД, о приостановлении и о возобновлении оказания услуг связи². Не определены условия и порядок прерывания связи непосредственно должностными лицами оперативных подразделений без обращения к оператору связи, а ведь такая оперативно-тактическая необходимость является весьма прогнозируемой. Ни в ФЗ об ОРД, ни в ведомственных актах

¹ Например, приостановление и ограничение использования сетей связи и средств связи в целом предусмотрены в ст. 66 ФЗ о связи, которая допускает использование этой меры при угрозе возникновения или возникновении чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера.

² Часть 3 ст. 64 ФЗ о связи предусматривает обязанность операторов связи возобновить оказание услуг связи на основании мотивированного решения в письменной форме одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД или обеспечение безопасности Российской Федерации, который принял решение о приостановлении оказания услуг связи.

не установлено в каких документах и как фиксируются сам процесс и результаты прерывания предоставления услуг связи.

Принимая во внимание то, что устойчивая и надежная связь между абонентами играет существенную роль в современных экономических отношениях, в случае ее прерывания оперативными подразделениями можно прогнозировать судебные иски физических и юридических лиц о правомерности таких оперативно-разыскных действий и возмещении причиненного имущественного ущерба или упущенной выгоды.

Кроме того, физические и юридические лица могут обратиться в суд с иском о возобновлении связи, решение которого обязательно для исполнения оператором связи в соответствии с ч. 3 ст. 64 ФЗ о связи.

Основываясь на этих рассуждениях, полагаем, что должностные лица органов, осуществляющих ОРД, обязаны аргументированно обосновать принятие соответствующего решения в процессуальных документах, а также зафиксировать процедуру прерывания связи и его результаты, что позволит в дальнейшем проверить законность данных оперативно-разыскных действий. Примечательно, что некоторые элементы оформления процедуры прерывания связи и прокурорского надзора за ним в законодательстве РФ имеются¹.

На наш взгляд, следует согласиться с учеными, которые настаивают на том, что прокурор должен проверять законность и обоснованность фактов прерывания услуг связи². Однако осуществить данную проверку можно только в случае своевременного уведомления прокурора и представления ему, в случае необходимости, документов, отражающих основания для принятия такого решения и процедуру его исполнения. В связи с этим полагаем целесообразным решение руководителя органа, осуществляющего ОРД, о прерывании предоставления услуг связи оформлять постановлением, в котором должны быть изло-

¹ Так, ч. 7 ст. 9.1 Федерального закона «О федеральной службе безопасности» предписывает обязанность органа по борьбе с терроризмом в течение 24 час. с момента ограничения права граждан на неприкосновенность жилища или с момента приостановления оказания услуг связи юридическим и физическим лицам или ограничения использования сетей связи и средств связи уведомить об этом прокурора. Полагаем, что данное законодательное требование является вполне оправданным и может быть распространено на все органы, осуществляющие ОРД.

² *Захарцев, С.И.* Организация прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью / С.И. Захарцев, А.М. Пахунов // Российский следователь. 2012. № 9. С. 37—40.

жены все формальные и фактические основания для принятия данного решения, а также иные сведения (сроки, исполнители и т.п.).

Отметим, что оперативно-разыскное законодательство предусматривает необходимость вынесения постановления в случае принятия процессуального решения о проведении некоторых ОРМ.

Так, в ч. 3 ст. 8 впервые в ФЗ об ОРД законодатель определил, что 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 РФ, допускается проведение ОРМ, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина, на основании мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД. Далее, в ч. 7 ст. 8 ФЗ об ОРД отмечается, что 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 ОРД, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего ОРД.

В части 3 ст. 9 ФЗ об ОРД законодатель опять упоминает о мотивированном постановлении одного из руководителей органа, осуществляющего ОРД, как об основании для решения судьей вопроса о проведении ОРМ, ограничивающего конституционные права граждан.

Таким образом, мы не видим никаких препятствий для использования процессуальной формы «постановление» при принятии управленческого решения о прерывании связи в случаях установленных оперативно-разыскным законодательством.

Основываясь на приведенной выше аргументации полагаем, что и сама процедура осуществления прерывания предоставления услуг связи, и его результаты должны быть также отражены в соответствующей процессуальной форме. Однако ФЗ об ОРД вообще не упоминает о каких-либо документах, содержащих описание порядка и результатов проведения ОРМ. Безусловно, ряд таких документов предусмотрен ведомственными нормативными актами (акт, рапорт, справка и т.п.). Вместе с тем такие ключевые элементы процедуры проведения ОРМ и реализации прав оперативно-разыскных органов следовало бы включить в ФЗ об ОРД. Тем более, что данный аспект ОРД вряд ли представляет собой секретную информацию.

В связи с этим мы полагаем допустимым заимствовать в ОРД уголовно-процессуальную форму фиксации процедуры и результатов следственных действий — протокол. Прежде всего данный термин

полностью отражает сущность фиксации правоприменительных действий (в том числе ОРМ), так как слово «протокол» лингвисты определяют как акт (документ), составленный должностным лицом, содержащий описание произведенных им действий и установленных фактов¹.

Таким образом, протокол прерывания предоставления услуг связи позволил бы зафиксировать время, место (объект, территорию) и период прерывания связи, а по возможности также участников и способы осуществления этих действий.

В заключение подчеркнем, что право органов, осуществляющих ОРД, прерывать предоставление услуг связи является достаточно актуальным и эффективным оперативно-разыскным действием предупредительного характера.

Как показывает анализ оперативно-разыскной практики, потребность в нем возникает не часто, однако в тех случаях, когда такая необходимость все-таки появляется, право оперативных подразделений прерывать связь становится единственным способом предупреждения или пресечения преступлений. Вместе с тем действия по оперативно-разыскному прерыванию предоставления услуг связи могут затрагивать законные интересы третьих лиц. Исходя из этого полагаем целесообразным детальнее регламентировать основания, условия и порядок реализации данного оперативно-разыскного права в законодательных и ведомственных нормативных актах.

§ 4. Установление отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность

¹ Слово «протокол» имеет греческое происхождение и обозначает первый лист с обозначением даты и имени писца; он приклеивался к свитку, манускрипту (Современный словарь иностранных слов: ок. 20 000 слов. 3-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 2000. С. 497).

ОРД, осуществляемая в целях борьбы с преступностью, априори предполагает негласное, тайное проникновение в криминальную среду, в том числе с использованием помощи лиц, не являющихся должностными лицами оперативно-разыскных органов.

Следует отметить, что такая помощь использовалась всегда и в теории ОРД получила название агентурной работы¹. Ее законодательное закрепление позволило вывести конфиденциальное содействие лиц оперативно-разыскным органам из разряда якобы нелегальных, противоправных методов².

Использование конфиденциальной помощи граждан, в основе которой лежит информационно-осведомительная функция субъектов ОРД, на протяжении всей истории развития общества является неотъемлемой частью деятельности разведывательных служб, политических и криминальных полицейских органов во всем мире, независимо от государственного строя, политического режима и географического положения. Более того, зарождение в 1810 г. и дальнейшее развитие криминальной полиции Сюртэ («Безопасность») во Франции непосредственно связано с появлением негласного сотрудничества и созданием разветвленной агентурной сети под руководством Э.Ф. Видока³.

В России использование конфиденентов также имеет длительную историю, однако необходимо отметить, что наиболее широкое распространение такая полицейская практика получила по линии политического сыска, в деятельности жандармских и охранных отделений. Это обуславливается, на наш взгляд, тем, что тайные политические организации в России конца XIX—начала XX вв. были высоко организованы, а их глубоко законспирированная деятельность имела целью свержение господствующего государственного строя и зачастую носила террористический характер. Они составляли прямую угрозу государственной безопасности, а их выявление и разоблачение только гласными мерами не представлялось возмож-

¹ Например, см.: *Шахматов, А.В.* Агентурная работа в оперативно-розыскной деятельности: моногр. / А.В. Шахматов. СПб.: СПбУ МВД России, 2005.

² Институт содействия граждан оперативно-разыскным органам как основа агентурного метода (Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 208—214.

³ *Торвальд, Ю.* Сто лет криминалистики / Ю. Торвальд. М.: Прогресс, 1975. С. 17—19.

ным. Именно поэтому заведение и внедрение агентуры являлось основной задачей сыскных подразделений¹.

При охране «существующего государственного и общественного порядка» Департамент полиции «в целях освещения замыслов вожаков революционного движения» пользовался, с одной стороны, «внутренней агентурой», а с другой — «наружным наблюдением»; наиболее ценные сведения доставлялись Департаменту именно «внутренним» наблюдением, которое осуществлялось при помощи разного ранга «сотрудников», иногда весьма крупных провокаторов², проникавших в самую глубь революционных организаций. Причем для «замаскирования» истинного характера своей деятельности этим полицейским агентам приходилось принимать иногда самое серьезное участие в деятельности революционных организаций³.

Для создания эффективной агентурной сети в революционно настроенной преступной среде при Московском охранном отделении была составлена Инструкция по организации и ведению внутренней агентуры⁴.

Не отказались от практики использования негласных осведомителей и после Октябрьской революции 1917 г. Об этом свидетельствуют ведомственные акты, в которых были закреплены отдельные аспекты применения агентуры. Так, Положение об организации отделов уголовного розыска от 5 октября 1918 г. констатирует, что они создаются «для охраны революционного порядка путем негласного расследования преступлений уголовного характера»⁵.

Затем 2 ноября 1921 г. подготавливается приказ НКВД РСФСР, являющийся, по мнению некоторых исследователей, нача-

¹ Например, см.: *Жухрай, В.М.* Тайны царской охранки: авантюристы и провокаторы / В.М. Жухрай. М.: Политиздат, 1991.

² Например, см.: *Письма Азефа: 1893—1917* / сост. Д.Б. Павлов, З.И. Перегудова. М.: ТЕРРА, 1994.

³ См.: *Полиция Российской империи* / В. Пиотровский, Д. Кудрявцев, Р. Очкур. М.: АСТ; СПб.: Астрель-СПб, 2005. С. 227.

⁴ *Полиция России: документы и материалы 1718—1917 гг.* Саратов: СЮИ МВД России, 2002. С. 346—360; *Смирнов, М.П.* Оперативно-розыскная деятельность в Российской империи в документах и комментариях (XVIII в. — февраль 1917 г.): моногр. / М.П. Смирнов, А.Ю. Шумилов. М.: ИД Шумиловой И.И., 2010.

⁵ *Милиция России: документы и материалы 1917—1999 гг.* Саратов: СЮИ МВД России, 2001. С. 33.

лом правового регулирования ОРД¹. В развитие данного приказа вышли дополнительно нормативные правовые документы, в которых подчеркивалась особая роль конфидентов (негласных сотудников) в борьбе с преступностью и значительное внимание уделялось обеспечению их безопасности².

Более того, в 1922 г. при советских учреждениях организовывались «Бюро содействия», члены которых должны были оказывать органам Государственного политического управления помощь в «агентурно-осведомительной работе»³.

Отметим, что агентурная работа в морально-этическом аспекте всегда являлась предметом многочисленных нападок, в том числе в юридической и публицистической литературе и средствах массовой информации. Однако, как справедливо отмечает Ю.П. Соловей, «...можно сколько и как угодно упражняться в выражении презрения и ненависти к агентурной работе», но «без негласной, в том числе и агентурной работы, особенно если вести речь о противодействии организованной преступности и коррупции, деятельность какой угодно полиции не будет эффективной»⁴. Именно поэтому, на наш взгляд, законодатель предусмотрел в п. 2 ст. 15 ФЗ об ОРД право органов, осуществляющих ОРД, устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД.

Необходимо подчеркнуть, что данное право оперативно-разыскных органов конкретизируется в гл. IV ФЗ об ОРД, в которой установлены порядок и условия содействия граждан органам, осуществляющим ОРД, их социальная и правовая защита. Таким образом, законодатель заложил основу для механизма процедурно-процессуального регулирования агентурной работы органов, осу-

¹ Юдин, Е.Г. Некоторые вопросы истории развития оперативно-разыскной деятельности и ее правовой основы / Е.Г. Юдин // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 5. С. 35—36.

² Павличенко, Н.В. Правовая охрана лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность: моногр. / Н.В. Павличенко. Омск: ОмЮИ, 2011. С. 19.

³ Лубянка: Органы ВЧК—ОГПУ—НКВД—НКГБ—МГБ—МВД—КГБ. 1917—1991: справочник / под ред. акад. А.Н. Яковлева; авт.-сост.: А.И. Кокурин, Н.В. Петров. М.: МФД (Россия. XX век. Документы), 2003. С. 424—425.

⁴ Соловей, Ю.П. Правовое регулирование деятельности милиции в Российской Федерации / Ю.П. Соловей. Омск: ВШМ МВД России, 1993. С. 278.

ществляющих ОРД, более детальная регламентация которого осуществляется в секретных ведомственных нормативных актах.

Законодательное и ведомственное регулирование агентурной работы на протяжении всего своего развития подвергалось достаточно глубоким научным исследованиям, результатами которых были различные рекомендации и предложения по его совершенствованию. В связи с этим в данном параграфе мы не будем анализировать все выводы и умозаключения ученых относительно правового регулирования конфиденциального содействия граждан оперативно-разыскным органам, опубликованные ранее как в закрытых, так и в открытых публикациях. Остановимся именно на изучении самого права органов, осуществляющих ОРД, устанавливать отношения сотрудничества с гражданами, в чьи обязанности не входит борьба с преступностью.

Прежде всего в ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД определено, что отдельные лица могут с их согласия привлекаться к конфиденциальному содействию органам, осуществляющим ОРД. Соответственно, должностные лица оперативных подразделений полиции при реализации права привлекать граждан к негласному сотрудничеству должны учитывать необходимость получения согласия лица, от которого ожидается конфиденциальное содействие. Такое согласие может быть выражено в инициативном, добровольном обращении гражданина в ОВД. При этом следует учитывать, что желание и согласие гражданина оказывать негласное содействие не обязывает оперативное подразделение полиции устанавливать с ним конфиденциальные отношения. Окончательное решение об установлении отношений сотрудничества с таким лицом принимается руководителем органа, осуществляющего ОРД, с учетом объективных обстоятельств и индивидуальных качеств гражданина. В некоторых случаях инициативу могут проявить должностные лица оперативных подразделений полиции и предложить конкретному лицу оказать конфиденциальное содействие при подготовке или проведении ОРМ. В этом случае согласие данного гражданина может быть получено в результате конфиденциальной беседы с оперативным сотрудником полиции, в ходе которой у лица должно сохраняться право выбора: отказаться от предложения или принять его, т.е. выразить (изъявить) свое согласие оказывать негласное содействие.

Законодатель предусмотрел возможность заключения контракта с лицами, привлеченными к конфиденциальному содействию органам, осуществляющим ОРД. Факт заключения данного контракта, по существу, является подтверждением наличия обоюдного согласия

на установление конфиденциальных отношений сотрудничества в целях противодействия преступности. При этом следует помнить, что ч. 3 ст. 17 ФЗ об ОРД запрещает использовать конфиденциальное содействие по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений. В то же время наличие контракта не является обязательным условием оказания конфиденциального содействия органам, осуществляющим ОРД. Поэтому оперативные подразделения полиции имеют право использовать негласную помощь граждан с сохранением по их желанию конфиденциальности и на бесконтрактной основе.

Отметим, что аналогичное право полиции устанавливать негласное сотрудничество с гражданами на безвозмездной или возмездной основе содержится в п. 34 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции. На наш взгляд, с положительной стороны следует оценить достаточно широкую регламентацию полицейского права на привлечение граждан к содействию в правоохранительной деятельности¹. Вместе с тем при наличии определенных прогрессивных правовых предписаний, содержащихся в Полицейском законе, мы вынуждены все же обратить внимание на некоторые противоречия между рассматриваемыми федеральными законами.

Так, п. 34 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции устанавливает право полиции «привлекать граждан с их согласия к внештатному сотрудничеству; устанавливать *негласное сотрудничество* с лицами, изъявившими *желание* конфиденциальным образом оказывать содействие полиции на безвозмездной или возмездной основе» (выделено нами. — В.Г.). В то же время п. 2 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД определяет право органов, осуществляющих ОРД, «устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе *отношения сотрудничества* с лицами, изъявившими *согласие* оказывать содействие на конфиденциальной основе» (выделено нами. — В.Г.). Не трудно заметить, что в ФЗ о полиции несколько вольно перефразированы соответствующие положения ФЗ об ОРД. Очевидно, что слова «желание» и «согласие» не являются синонимами и по своему содержанию отражают разные

¹ Помимо конфиденциального сотрудничества граждан в п. 34 ст. 13 ФЗ о полиции предусмотрено право привлекать граждан к внештатному сотрудничеству, для консультаций специалистов государственных и муниципальных органов, организаций.

волевые акты человека. Однако, какую цель в этом случае преследовал законодатель трудно объяснить.

Вообще, вызывает некоторые сомнения необходимость дублирования права на использование конфиденциального содействия граждан в двух федеральных законах, так как вряд ли это может повысить результативность такого содействия. Мы полагаем, что эффективность негласного сотрудничества граждан находится в прямой зависимости от детальной правовой регламентации условий такого сотрудничества и профессионализма должностных лиц органов, осуществляющих ОРД.

Важнейшим условием реализации права оперативных подразделений полиции привлечь граждан к конфиденциальному сотрудничеству является обеспечение их социальной и правовой защиты, основные положения которых содержатся в ст. 18 ФЗ об ОРД. Оперативно-разыскное законодательство предусматривает ряд правовых гарантий, социальных выплат и мер обеспечения безопасности.

Следует отметить, что проблемы правовой охраны лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам, осуществляющим ОРД, ранее уже становились непосредственным предметом научного исследования¹. Наиболее значимой из них в аспекте привлечения отдельных лиц к негласному сотрудничеству, на наш взгляд, является проблема их освобождения от уголовной ответственности. Мы полагаем, что гарантия реального и существенного смягчения наказания или освобождения от уголовной ответственности вообще является весьма значимым для лица мотивом изъявить свое желание оказывать конфиденциальное содействие оперативным подразделениям полиции.

В ФЗ об ОРД обращено внимание на данное обстоятельство и в ч. 4 ст. 18 данного Закона предусмотрена возможность освобождения от уголовной ответственности в соответствии с законодательством РФ лица из числа членов преступной группы, совершившего противоправное деяние, не повлекшее тяжких последствий, и привлеченного к сотрудничеству с органом, осуществляющим ОРД, активно способствовавшего раскрытию преступлений, возместившего нанесенный ущерб или иным образом загладившего причиненный вред.

¹ Например, см.: *Павличенко, Н.В.* Правовая охрана лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность.

Указанная норма, исходя из анализа текста статьи, представляет собой попытку решения уголовно-правовых и оперативно-розыскных проблем в сфере борьбы с наиболее опасными проявлениями преступности: ее групповыми и организованными формами. Здесь законодатель четко ограничил круг лиц, подлежащих при наличии указанных условий освобождению от уголовной ответственности, участием в преступной группе. На первый взгляд, это существенный шаг по укреплению правовой базы противодействия организованной преступности, однако по ряду причин данное правовое положение не применяется в практической деятельности ОВД. Одна из таких причин — отсутствие единого толкования условий и понятий, содержащихся в указанном основании для освобождения от уголовной ответственности.

Важным условием освобождения от уголовной ответственности в ФЗ об ОРД названо отсутствие тяжких последствий противоправного деяния. По мнению ряда ученых, данное условие является оценочным, и его не следует отождествлять с одноименным квалифицирующим признаком, предусмотренным в некоторых статьях Особенной части УК России¹. Действительно, законодатель отказался от указания определенной категории тяжести преступления, исключаящей основание для освобождения от уголовной ответственности, предоставляя возможность устанавливать степень тяжести наступивших последствий в каждом конкретном случае.

Кроме того, некоторые авторы считают, что если преступление, совершенное группой лиц, повлекло тяжкие последствия, вопрос об освобождении отдельных лиц от уголовной ответственности должен рассматриваться исходя из направленности умысла, степени фактического участия в выполнении объективной стороны преступления, а также иных обстоятельств дела². Безусловно, приведенное утверждение в полной мере соответствует контексту ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД. Представляется, что тяжесть наступивших последствий должна определяться в данном случае из сравнения характера и степени причиненного вреда в результате совершенного противоправного деяния и степени ущерба, предотвращенного в результате сотрудничества лица

¹ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. коммент. / под ред.: проф. В.В. Николюк, доц. В.В. Кальницкий, А.Е. Чететин. 4-е изд., перераб. и доп. Омск.: ЮИ МВД России, 1999. С. 157.

² Там же. С. 157.

с органом, осуществляющим ОРД, а также характера общественной опасности преступлений, раскрытых при помощи указанного лица.

Основополагающими условиями для освобождения от уголовной ответственности, в соответствии с ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, являются наличие факта сотрудничества с органом, осуществляющим ОРД, и активного содействия (способствования) в раскрытии преступлений. В связи с этим в юридической литературе встречается мнение, что основанием, позволяющим применить к лицу предписания ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, является контракт, в котором в качестве обязательства сторон выступает освобождение частного лица от уголовной ответственности взамен активного содействия в раскрытии преступлений¹. Между тем указанные условия, на наш взгляд, следует рассматривать неразрывно, так как сам факт сотрудничества не гарантирует активности и результативности в предотвращении и раскрытии преступлений. Под сотрудничеством, в соответствии со ст. 17 ФЗ об ОРД, понимается содействие органам, осуществляющим ОРД, с сохранением конфиденциальности или без таковой, как по контракту, так и в иных формах.

Следовательно, документальное оформление отношений сотрудничества не имеет определяющего значения. Закон прямо указывает на необходимость активного содействия (способствования) в раскрытии преступлений как результата такого сотрудничества.

Дополнительным аргументом данной позиции может служить то, что в случае ограничения рамками контракта действия ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД граждане, активно и эффективно содействующие оперативным подразделениям полиции на бесконтрактной основе, попадут в сферу правовой незащищенности. Подобных проблем толкования ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, как справедливо указывает, в частности А.Е. Четин, можно было бы избежать при использовании вместо понятия «сотрудничество» более общего термина «содействие», исходя при этом из того, что фактические результаты сотрудничества важнее, чем формальная сторона, выражающаяся в составлении письменного контракта².

¹ Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. С. 517—518.

² Четин, А.Е. О правовом регулировании освобождения от уголовной ответственности лиц, содействующих оперативным аппаратам / А.Е. Четин // Средства и методы эффективного воздействия на преступность и иные правонарушения: сб. науч. тр. Омск: ОмЮИ МВД России, 1998. С. 129.

ФЗ об ОРД определяет, что необходимыми условиями освобождения от уголовной ответственности также являются возмещение нанесенного ущерба или заглаживание причиненного вреда иным образом. Действия лица по соблюдению указанных условий заключаются в добровольном возврате или восстановлении, по мере возможности, тех прав и благ, которых был лишен потерпевший в результате совершенного преступления (например, возвращение потерпевшему имущества либо прав на него, а также иных материальных ценностей, которые были утрачены в результате преступных действий; передача потерпевшему денежного эквивалента утраченного имущества). В случае причинения потерпевшему увечья или иного повреждения здоровья возмещению, как указано в ст. 1085 Гражданского кодекса Российской Федерации¹, подлежит утраченный потерпевшим заработок (доход), который он имел или определенно мог иметь, а также дополнительно понесенные расходы, вызванные повреждением здоровья (расходы на лечение, лекарства, протезирование и др.).

Особое значение имеет временной признак привлечения рассматриваемой категории лиц к сотрудничеству с оперативными подразделениями полиции: до или после совершения ими противоправного деяния. До внесения соответствующих изменений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательства данное обстоятельство, на наш взгляд, выступает определяющим при принятии решения об освобождении от уголовной ответственности в соответствии с законодательством РФ.

Безусловно, правовая цель ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД — более четко обозначить условия сотрудничества граждан с органами, осуществляющими ОРД, сформировать побудительные мотивы к такому сотрудничеству у лиц, участвующих в деятельности преступных групп. Необходимо подчеркнуть, что в преступных сообществах не терпят «сторонних наблюдателей» и заставляют всех принимать участие в совместной преступной деятельности. Следовательно, действие рассматриваемой правовой нормы направлено прежде всего на ту категорию лиц, которых привлекают к сотрудничеству после совершения ими преступлений. Она определенным образом «амнистирует» участника преступной группы, фактически причинившего вред охраняемым уголовным законом интересам, за его активное содействие в раскрытии преступлений.

¹ Далее — ГК РФ.

По мнению В.И. Михайлова, ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД напрямую корреспондирует с уголовно-правовым институтом деятельного раскаяния, который нашел закрепление в уголовном и уголовно-процессуальном законодательствах России¹. Причем, на наш взгляд, следует учитывать позицию ученых, которые полагают, что между рассматриваемыми нормами имеются существенные различия, не позволяющие говорить о полном их совпадении (например, об этом пишет Ю.Ф. Кваша в комментарии 1997 г.²).

Кроме того, необходимо заметить, что нелогично было бы со стороны законодателя создавать новую норму в ФЗ об ОРД, полностью «растворяющуюся» в нормах действующего уголовного и уголовно-процессуального законодательств.

Так, предусматривающая освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием ст. 75 УК РФ в части первой указывает на то, что преступление должно быть совершено впервые и иметь небольшую или среднюю тяжесть. В части 2 ст. 75 УК РФ законодатель определяет, что от уголовной ответственности может быть освобождено также лицо, совершившее преступление иной категории, в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ (ст. 126, 204, 206, 208, 210 и др.).

Таким образом, в результате сравнительного анализа можно сделать вывод, что действие ст. 75 распространяется на обозначенный статьями УК РФ круг лиц, в отличие от ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, так как указанная часть Закона не определяет конкретную категорию преступлений и факт совершения преступления лицом впервые.

Например, если лицо участвовало в совершении вымогательства группой лиц по предварительному сговору (п «а» ч. 2 ст. 163 УК РФ, предусматривающей наказание в виде лишения свободы на срок до семи лет) или организованной группой (п. «а» ч. 3 ст. 163 УК РФ, предусматривающей наказание в виде лишения свободы на срок от семи до 15 лет), то оно совершило, соответственно, тяжкое или особо тяжкое преступление, что согласно ст. 75 УК РФ и ст. 28 УПК РФ

¹ Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» / отв. ред. и рук. авт. кол-ва А.Ю. Шумилов. М., 1997. С. 168.

² Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. С. 517.

исключает возможность освобождения от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием.

Не углубляясь в дальнейший сравнительный анализ, отметим, что ст. 76 УК РФ, предусматривающая освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим, также не является исключением и содержит аналогичные противоречия с ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД.

Таким образом, констатируем, что деяния определенной части лиц, отвечающие всем необходимым условиям и требованиям ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, не охватываются действующим уголовным и уголовно-процессуальным законодательствами, устанавливающими освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, и подлежат привлечению к уголовной ответственности по определенной статье Особенной части УК РФ. Данное обстоятельство, безусловно, не способствует сотрудничеству с органами, осуществляющими ОРД, той категории лиц, которые участвуют в наиболее опасных проявлениях групповой и организованной преступности и, соответственно, обладают более широкой возможностью способствовать раскрытию преступлений, совершенных преступными группами и организациями.

Вторая категория лиц, привлеченных к сотрудничеству с органами, осуществляющими ОРД, и после этого совершивших противоправное деяние, не повлекшее тяжких последствий, также, на наш взгляд, охватывается нормой ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, так как в ней фактически не определена строгая очередность совершения противоправного деяния и привлечения к сотрудничеству. Тем более что участие в преступной группе зачастую требует от лица непосредственного совершения преступлений и участия в иной преступной деятельности группы.

Так, Пленум Верховного Суда РФ постановил (п. 15), что под участием в преступном сообществе (преступной организации) (ч. 2 ст. 210 УК РФ) следует понимать вхождение в состав сообщества (организации), а также разработку планов по подготовке к совершению одного или нескольких тяжких или особо тяжких преступлений и (или) непосредственное совершение указанных преступлений либо выполнение лицом функциональных обязанностей по обеспечению деятельности такого сообщества (финансирование, снабжение информацией, ведение документации, подыскание жертв преступлений, установление в целях совершения преступных действий контактов с должностными лицами государственных органов, лицами, выполняю-

щими управленческие функции в коммерческой или иной организации, создание условий совершения преступлений и т.п.)¹.

В связи с этим мы солидарны с мнением авторов, которые полагают, что освобождение от уголовной ответственности по основанию, предусмотренному ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, возможно и в случаях, когда гражданин был привлечен к сотрудничеству до совершения им преступления. При этом дополнительным условием освобождения от уголовной ответственности служит «вынужденность» совершения противоправного деяния в целях исключения расшифровки факта негласного сотрудничества². В данном случае в определенной степени можно утверждать, что ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД отчасти корреспондирует с уголовно-правовым институтом крайней необходимости³.

Принимая во внимание характер взаимоотношений членов преступных групп, активную «контрразведывательную» деятельность преступных организаций⁴ и стремление покарать «отступника» самым жестоким способом, не приходится сомневаться в реальной опасности, угрожающей лицу в случае выявления преступной группой факта его сотрудничества с органом, осуществляющим ОРД. Необходимо отметить, что одним из самых эффективных приемов проверки участников преступной группы на связь с правоохранительными органами является факт совершения преступления, чаще группового, где видны роль и активность каждого участника. Законодатель, на наш взгляд, введением в ст. 18 ФЗ об ОРД части

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.06.2010 г. № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участии в нем (ней)» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 8.

² Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. коммент. / под ред.: проф. В.В. Николок, доц. В.В. Кальницкий, А.Е. Чечетин. 4-е изд., перераб. и доп. Омск, 1999. С. 71.

³ Суть этого уголовно-правового института (ст. 39 УК РФ) состоит в том, что не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам в состоянии крайней необходимости, 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 пределов крайней необходимости.

⁴ Подробнее см.: Шумилов, А.Ю. Об определении современной контрразведывательной деятельности и теоретической допустимости ее осуществления полицией / А.Ю. Шумилов // Оперативник (сыщик). 2011. № 2 (27). С. 6—15.

четвертой нейтрализует указанный способ выявления негласного сотрудника органов, осуществляющих ОРД, в организованной преступной среде. То есть в соответствии с ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД лицо из числа членов преступной группы, привлеченное к негласному сотрудничеству с органом, осуществляющим ОРД, освобождается от уголовной ответственности за противоправное деяние, совершенное в целях устранения возможности расшифровки факта негласного сотрудничества, при обязательном соблюдении всех требований ст. 39 УК РФ и ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД.

Однако в результате подробного анализа между ст. 39 УК РФ и ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД также обнаруживается правовое несоответствие, которое заключается в том, что, по смыслу ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД преступление, не влекущее тяжких последствий, может быть совершено конфиденнтом и вне опасности расшифровки, т.е. с превышением пределов крайней необходимости (ч. 2 ст. 39 УК РФ). Вместе с тем мотивы совершения такого противоправного деяния, несмотря на отсутствие «крайней необходимости», могут быть не менее важны для охраняемых законом интересов общества и государства, учитывая при этом, что в соответствии с ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД нанесенный ущерб будет возмещен.

Например, преступление без тяжких последствий совершается лицом, привлеченным к сотрудничеству с оперативными подразделениями полиции в целях поднятия своего авторитета и доступа к более узкому кругу лиц и информации преступной организации, что увеличивает возможности выявления и раскрытия преступлений, подготавливаемых и совершенных членами преступной организации.

Итак, можно сделать вывод, что правовое предписание, закрепленное в ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД, не в полной мере отражено в действующем уголовном и уголовно-процессуальном законодательствах, что предопределяет необходимость согласования соответствующих законодательных норм. Так, по нашему мнению, в настоящее время применение в ОРД и уголовно-процессуальной деятельности ч. 4 ст. 18 ФЗ об ОРД невозможно. Соответственно правовая цель — обеспечение правовой защиты конфиденнтов — не достигнута.

Как справедливо отмечал еще в 1997 г. А.Н. Харитонов, рассматривая данный вопрос, «подобные пробелы в праве не могут оказать позитивного влияния на процесс правового контроля преступ-

ности»¹. В этой связи не потеряло актуальности предложение А.Ю. Шумилова, сделанное им в том же 1997 г., о целесообразности детализации правил деятельного раскаяния в ОРД и разработки проекта соответствующей нормы, которую он предлагал включить в ст. 78 «Обстоятельства, исключающие противоправность деяния в оперативно-розыскной деятельности, и деятельное раскаяние лица, совершившего преступление» разработанной им модели ФЗ об ОРД².

В рассматриваемом контексте представляет интерес мнение ученых и практиков о необходимости распространения возможности заключения досудебного соглашения на ОРД³.

Действительно, ст. 62 УК РФ предусматривает значительное сокращение срока или размера наказания в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве при наличии таких смягчающих обстоятельств, как явка с повинной, активное содействие раскрытию и расследованию преступления, изобличению и уголовному преследованию других соучастников преступления, розыску имущества, добытого в результате преступления⁴. Данное обстоятельство, безусловно, может служить достаточным побудительным мотивом к негласному сотрудничеству с оперативными подразделениями ОВД. В то же время следует обратить внимание на некоторые нюансы использования возможности заключения досудебного соглашения в оперативно-розыскных целях.

Во-первых, заключение досудебного соглашения о сотрудничестве влечет за собой расшифровку негласного сотрудника, что препятствует осуществлению негласного содействия в дальнейшем, а также, как правило, предполагает применение мер безопасности в отношении данного лица.

¹ Харитонов, А.Н. Государственный контроль над преступностью: (Теоретические и правовые проблемы): моногр. / А.Н. Харитонов. Омск: ОмЮИ МВД России, 1997. С. 212.

² Шумилов, А.Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: моногр. / А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 1997. С. 139.

³ Например, см.: Абакумов, О.Б. К вопросу о необходимости распространения досудебного соглашения на оперативно-розыскную деятельность (постановка проблемы) / О.Б. Абакумов, А.А. Шмидт // Оперативник (сыщик). 2013. № 4 (37). С. 5—7.

⁴ Например, см.: Быховец, Н.И. Явка с повинной и ее реализация в оперативно-розыскной и контрразведывательной деятельности (уголовно-правовые и сыские аспекты): моногр. / Н.И. Быховец, А.Ю. Шумилов. М.: ИД Шумиловой И.И., 2008.

Во-вторых, в соответствии с п. 61 ст. 5 УПК РФ досудебное соглашение о сотрудничестве — соглашение между сторонами обвинения и защиты, в котором указанные стороны согласовывают условия ответственности подозреваемого или обвиняемого в зависимости от его действий после возбуждения уголовного дела или предъявления обвинения.

Таким образом, заключение досудебного соглашения является возможным лишь после того, как подвергнутое уголовному преследованию лицо (в рассматриваемом случае негласный сотрудник) приобретает процессуальный статус подозреваемого или обвиняемого. При этом особо подчеркнем, что в досудебном соглашении внимание уделяется не тому, что подозреваемый уже сделал, будучи негласным сотрудником ОВД, а тому, что он должен сделать в дальнейшем, какие действия он должен совершить для обеспечения реализации данного соглашения¹.

В-третьих, в соответствии с нормами гл. 40.1 УПК РФ решение об отказе или удовлетворении ходатайства подозреваемого или обвиняемого принимается на первоначальном этапе следователем, затем — руководителем следственного органа, а в итоге — прокурором. Руководители и должностные лица оперативных подразделений ОВД исключены из этого процесса, а соответственно, они не могут гарантировать своему негласному сотруднику положительного решения по его ходатайству.

Несмотря на указанные проблемы право органов, осуществляющих ОРД, устанавливать на безвозмездной либо возмездной основах отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе, является крайне важным элементом системы противодействия преступности. Так, в результате его реализации оперативные подразделения ОВД включают в свой арсенал агентурный метод — один из эффективных методов получения информации о криминале, позволяющей своевременно выявлять, предупреждать, пресекать и раскрывать преступления.

§ 5. Использование

¹ Приказ Генеральной прокуратуры РФ от 15 марта 2010 г. № 107 «Об организации работы по реализации полномочий прокурора при заключении с подозреваемыми (обвиняемыми) досудебных соглашений о сотрудничестве по уголовным делам».

**в ходе проведения
оперативно-разыскных мероприятий
служебных помещений,
имущества предприятий, учреждений,
организаций, воинских частей,
а также жилых и нежилых помещений,
транспортных средств
и иного имущества частных лиц**

Оперативно-разыскным законодательством предусмотрено финансовое обеспечение ОРД уполномоченных государственных органов (ст. 19 ФЗ об ОРД). Это обусловлено объективными потребностями оперативных подразделений иметь в наличии служебные помещения, транспорт, специальные технические средства и другое имущество. Однако имеющихся в распоряжении органов, осуществляющих ОРД, материально-технических возможностей не всегда достаточно для выполнения возложенных на них обязанностей и решения поставленных задач. Учитывая это обстоятельство, законодатель в п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД предусмотрел право оперативно-разыскных органов использовать в ходе проведения ОРМ 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. Показательно, что данный аспект ОРД не подвергался глубоким научным исследованиям, изучению практики реализации права оперативно-разыскных органов на использование помещений, транспортных средств и иного имущества физических и юридических лиц. Мы не нашли ни одной работы посвященной данной проблематике, за исключением кратких комментариев ФЗ об ОРД, сделанных различными авторскими коллективами. Можно предположить, что это свидетельствует об отсутствии практической значимости данного вопроса. Однако дальнейшее изучение данного права органов, осуществляющих ОРД, убедило нас в необходимости создания эффективного правового механизма его реализации в ОРД.

Анализ нормативных правовых актов, специальной литературы и оперативно-разыскной практики позволил нам сформулировать основные цели использования имущества сторонних физических и юридических лиц. Оно используется для:

1) выявления и задержания преступников (например, организации засад в служебных и жилых помещениях);

2) преследования и задержания преступников (например, с использованием транспортных средств);

3) срочной передачи служебной информации (например, посредством использования средств связи);

4) зашифровки ОРМ и документирования преступной деятельности (например, при использовании помещений для скрытого наблюдения);

5) обеспечения конспирации и сохранения в тайне конфиденциального содействия гражданам органам, осуществляющим ОРД.

На наш взгляд, основанный на данном анализе вывод о том, что настоящее право органов, осуществляющих ОРД, является актуальным и значимым для борьбы с преступностью, не вызывает сомнений. Отсутствие подобного правомочия у оперативных подразделений в ряде случаев не позволило бы своевременно пресечь или раскрыть преступление, задержать преступника по «горячим следам», сохранить в тайне конфиденциальное содействие граждан и многое другое.

В связи с этим вызывает некоторое удивление тот факт, что ни в ФЗ об ОРД, ни в ведомственных нормативных актах не регламентирована процедура использования имущества юридических и физических лиц органами, осуществляющими ОРД. Безусловно, это не лишает их возможности реализовывать указанное законодательное право, однако существенно снижает эффективность его применения в оперативно-разыскной практике.

В частности, возникает обоснованный вопрос о договорных отношениях в данной сфере ОРД. Самым ярким примером реализации права оперативных подразделений на использование помещений граждан является привлечение владельцев этих помещений к негласному сотрудничеству в целях обеспечения конспиративных встреч на их территории. В связи с этим в юридической литературе встречается вывод, что если в некоторых случаях с владельцами помещений (физическими лицами) могут заключаться контракты о конфиденциальном содействии, то заключения подобных контрактов между органами, осуществляющими ОРД, и юридическими лицами

ФЗ об ОРД не предусматривает¹. На наш взгляд, с таким подходом трудно согласиться. Во-первых, потому, что в п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД речь идет не обязательно о секретных договорных отношениях (например, возможно заключение гласного договора аренды, но под легендированным прикрытием или с зашифровкой цели). Во-вторых, в данной норме оперативно-разыскного законодательства прямо указано на возможность использования при проведении ОРМ по договору или устному соглашению имущества не только частных лиц, но и предприятий, учреждений и организаций.

В целом, по мнению ряда авторов, данное положение соответствует нормам гражданского законодательства, в соответствии с которым форма соглашения может быть как устной, так и письменной². Действительно, в соответствии со ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Вместе с тем гражданское законодательство не содержит понятия «устное соглашение». В ст. 159 ГК РФ говорится об «устной сделке», для которой законом или соглашением сторон не установлена письменная (простая или нотариальная) форма. В связи с этим полагаем, что понятия «устная сделка» и «устное соглашение» не тождественны и применение последнего термина в п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД не способствует эффективному правоприменению. На наш взгляд, исключить это несоответствие оперативно-разыскного и гражданского законодательств возможно путем использования в п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД словосочетания «по устному или письменному договору».

Другой немаловажный вопрос (и отчасти взаимосвязанный с предыдущим) о согласии собственника или владельца помещения, транспортного средства или иного имущества, в использовании которого заинтересовано оперативное подразделение. Безусловно, многое зависит от вида и качества объекта, длительности его предполагаемого использования, но в конечном итоге только при наличии согласия законного владельца допустимо их использовать в оперативно-разыскных целях.

¹ Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: науч.-практ. коммент. / под ред. В.В. Николюка. М.: Спарк, 2003. С. 153.

² См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

В то же время в оперативно-разыскной практике достаточно часто возникает ситуация, когда в жилом помещении против воли проживающих в нем лиц оперативные сотрудники устраивают засаду с целью задержания подозреваемого в совершении преступления лица. Вряд ли здесь допустимо говорить об устном или письменном договоре, так как в соответствии со ст. 421 ГК РФ понуждение к заключению договора не допускается. В связи с этим мы не разделяем позицию ученых, которые полагают, что «законодатель обязал юридических и физических лиц, владельцев соответствующих помещений, заключать договор об аренде этих объектов»¹.

Аналогичная ситуация складывается и в том случае, когда гражданин отказывается предоставить свое транспортное средство или средство связи для его использования должностными лицами органов, осуществляющих ОРД. Основываясь на буквальном толковании смысла п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, использование чужого имущества оперативными подразделениями допускается только при наличии устного или письменного договора, а соответственно, согласия лица. Поэтому силовое, принудительное решение данного вопроса исключается.

Принимая во внимание по существу декларативный характер п. 3 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД, особый интерес представляют некоторые положения ФЗ о полиции, которые предоставляют определенный перечень прав и возможностей для оперативных сотрудников полиции.

В частности, п. 36 ст. 13 ФЗ о полиции предусматривает ее право «беспрепятственно пользоваться в служебных целях средствами связи, принадлежащими государственным предприятиям, учреждениям и организациям, а в случаях, не терпящих отлагательства, — средствами связи, принадлежащими негосударственным предприятиям, учреждениям и организациям, а также общественным объединениям и гражданам».

В п. 37 ст. 13 ФЗ о полиции допускает право «использовать в случаях, не терпящих отлагательства, транспортные средства, принадлежащие государственным и муниципальным органам, общественным объединениям и организациям...», а в исключительных случаях — транспортные средства, принадлежащие гражданам, для пресечения преступлений, преследования лиц, совершивших преступления или подозреваемых в их совершении, ...для проезда к месту совершения преступления, ...отстраняя при необходимости водителей от управления этими транспортными средствами...».

Статья 15 ФЗ о полиции допускает возможность проникновения сотрудников полиции в жилые помещения, иные помещения и на земельные

¹ Горяинов, К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. С. 450.

участки, принадлежащие гражданам, в помещения, на земельные участки и территории, занимаемые организациями в случаях, предусмотренных законодательством РФ, а также для задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления и пресечения преступления.

Вряд ли здесь можно говорить об оперативно-разыском «использовании» помещений как таковом, учитывая, что законодатель делает акцент именно на «проникновении» полицейских в помещения и на земельные участки. В то же время оперативные сотрудники полиции могут оставаться в этих помещениях с целью наблюдения за ними и последующего задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления¹.

Нетрудно заметить, что в ФЗ о полиции более широко и детально определены права полицейских органов, причем не связывая их реализацию с договором или устным соглашением с законным владельцем того или иного имущества.

Таким образом, основываясь на проведенном анализе законодательных и ведомственных нормативных актов, регулирующих право оперативных подразделений на использование имущества сторонних организаций и частных лиц, мы приходим к выводу о необходимости разграничения оперативно-разыского и полицейского правового регулирования этого вопроса.

ФЗ о полиции определяет права полицейских и порядок их абсолютно гласной реализации, а также отдельные меры государственного принуждения в целях создания более эффективного механизма их использования в правоохранительной деятельности в случае, если действовать приходится против воли отдельных граждан.

В свою очередь оперативно-разыское законодательство и ведомственные нормативные акты, регламентирующие указанное право оперативно-разыских органов, основываются прежде всего на принципах конспирации и сочетания гласных и негласных методов и средств. Именно поэтому, на наш взгляд, законодатель в качестве обязательного условия реализации оперативно-разыского права на использование чужого имущества указал наличие письменного или устного договора.

Данный договор может иметь место только в случае *согласия* физического или юридического лица на предоставление своего

¹ Иными словами сотрудники полиции могут организовать засаду в данных помещениях (подробнее см. гл. III настоящей монографии).

имущества в пользование, а следовательно, только в этом случае может быть сохранено в тайне такое соглашение и обеспечена необходимая конспирация ОРМ.

Вместе с тем для эффективной реализации указанного права оперативных подразделений законодательной и ведомственной регламентации явно недостаточно. Как Оперативно-разыскной закон, так и ведомственные нормативные акты нуждаются в совершенствовании путем определения процедуры использования имущества физических и юридических лиц в оперативно-разыскных целях.

§ 6. Использование в целях конспирации зашифровывающих документов

Одним из основополагающих принципов ОРД является принцип конспирации. При осуществлении конспирации сохранению подлежат сведения, относящиеся к государственной и служебной тайне, а также иная информация, распространение которой может послужить причиной ее расшифровки¹. Отсутствие данного принципа в ФЗ об ОРД поставило бы под сомнение возможность осуществлять ОРД с применением негласных средств и методов.

Как показывает анализ оперативно-разыскной практики, пренебрежение или нарушение правил конспирации оперативными сотрудниками влекут за собой различные негативные последствия: начиная с прекращения расшифрованных ОРМ в отношении разрабатываемых лиц и заканчивая посягательствами на жизнь и здоровье рассекреченных негласных сотрудников.

Одним из эффективных способов обеспечения конспирации в деятельности оперативных подразделений является использование документов, зашифровывающих личность оперативных сотрудников и конфидентов, а также документов, зашифровывающих ведомственную принадлежность помещений и транспортных средств. Соответствующее право органов, осуществляющих ОРД, закреплено в п. 4 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД. Возможность использовать оперативными

¹ Например, см.: *Павличенко, Н.В.* Конспирация в оперативно-разыскной деятельности: вопросы теории: препринт / Н.В. Павличенко. М.: ИД Шумиловой И.И., 2008. С. 23.

подразделениями данные документы создает необходимые условия для эффективного проведения негласных ОРМ, а также является определенной гарантией безопасности участников ОРД.

Исходя из этого Н.В. Павличенко даже делает вывод, что п. 4 ст. 15 ФЗ об ОРД содержит положение, регламентирующее *требование* конспирации, адекватное обязанности оперативно-разыскных органов соблюдать правила конспирации при осуществлении ОРД, закрепленной в п. 5 ст. 14 ФЗ об ОРД¹. Мы не сторонники столь радикального определения *права* органов, осуществляющих ОРД, на использование документов, зашифровывающих личность и ведомственную принадлежность объектов. Следует отметить, что в оперативно-разыскной практике потребность в использовании таких документов возникает не всегда, поэтому говорить о праве их использовать как обязательном требовании соблюдения конспирации вряд ли возможно. Этим правом руководители и должностные лица органов, осуществляющих ОРД, пользуются только при возникновении такой оперативно-тактической необходимости.

Использование документов, зашифровывающих личность и ведомственную принадлежность объектов оперативных подразделений тесно связано с такими оперативно-разыскными понятиями, как «зашифровка» и «легендирование».

Под зашифровкой в широком смысле этого термина понимается комплекс мероприятий (организационных, тактических, психологических, поведенческих и др.), которые обеспечивают сохранение в тайне проводимых ОРМ, принадлежность к органам, осуществляющим ОРД, их участников, а также предприятий, учреждений, организаций и их функционального назначения².

Отчасти совпадающее определение ранее дано в Краткой сыскной энциклопедии А.Ю. Шумилова (2000 г.): «*Зашифровка*. Профессиональный термин в ОРД и КРД, который означает систему оперативно-розыскных, (контрразведывательных), организационных, административно-режимных и иных мер по сохранению в тайне от посторонних истинной принадлежности и функционального назначения субъектов и объектов ОРД и КРД, а также фактов осуществления ОРМ и (или) их характера.

¹ Павличенко, Н.В. Конспирация в оперативно-розыскной деятельности: вопросы теории. С. 16—17.

² См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

Зашифровка сыскных сил и средств включает: выбор легенды прикрытия; определение соответствующего поведения лица; обеспечение лица необходимыми документами; проведение специальных мероприятий по закреплению легенды и др.»¹.

Под зашифровкой личности следует понимать комплекс мероприятий по сокрытию от окружающих прежде всего самого факта сотрудничества лиц с ОВД, а в некоторых случаях — их анкетных данных, места рождения и жительства, места работы, профессию и других сведений о негласных сотрудниках. Все это в полной мере относится и к оперативному сотруднику, осуществляющему краткосрочное или долговременное оперативное внедрение в преступную среду.

В свою очередь зашифровка сил и средств ОРД обеспечивается путем реализации выбранной легенды прикрытия. Поэтому легендирование в теории ОРД определяется как мера оперативно-разыскной защиты, создание легенды и зашифровка участников ОРД². Путем легендирования оперативные подразделения и их должностные лица формируют или используют благоприятные условия для решения оперативно-разыскных задач.

Следует отметить, что легенда является итогом подготовительного этапа и представляет собой необходимый объем сведений, обеспечивающих зашифровку конфиденнта или оперативного сотрудника и позволяющих им решать разведывательные задачи в процессе оперативного внедрения или в иных оперативно-тактических ситуациях.

Конечно, каждая легенда это прежде всего вымышленная информация (биография) о конфиденнте или оперативном сотруднике, позволяющая им выбрать такую линию поведения в преступной среде, которая максимально эффективно конспирирует их и создает условия для установления доверительных отношений с лицами, представляющими оперативный интерес. В то же время легенда должна «подтверждаться» соответствующими предметами (одеждой, аксессуарами, техникой и т.п.) и документами (паспортом, удостоверением личности, дипломом, аттестатом и т.п.). При этом документы, на наш взгляд, играют определяющую роль в убеждении окру-

¹ Краткая сыскная энциклопедия: деятельность оперативно-розыскная, контрразведывательная, частная сыскная (детективная) / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 2000. С. 52.

² Оперативно-розыскной словарь: учеб. пособие / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М: ИД Шумиловой И.И., 2008. С. 61.

жающих лиц и представителей преступной среды в «правдивости» выбранной легенды.

Подбор документов прикрытия является важным элементом легендирования, наряду с разработкой самой легенды, выбором экипировки, репетицией роли. Примечательно, что в соответствии, например, с законодательством ФРГ «оперативным работникам-нелегалам» разрешается изготавливать, изменять и использовать соответствующие документы, насколько это необходимо для создания и поддержания легенды¹.

В связи с этим в юридическом аспекте представляют интерес понятие и виды зашифровывающих документов, основания и порядок их использования в ОРД.

В самом общем виде А.Ю. Шумилов определяет их как документы оперативного прикрытия — материальные носители информации с соответствующими реквизитами, зашифровывающие в ОРД личность оперативного сотрудника или агента, а также помещение (здание, сооружение), транспортные средства².

Действительно, в широком смысле понятие «документ» имеет несколько значений: 1) деловая бумага, подтверждающая какой-нибудь факт или право на что-нибудь; 2) то, что удостоверяет личность предъявителя; 3) письменное свидетельство о чем-нибудь³. Полагаем, все представленные значения могут быть применимы к документам оперативного прикрытия.

Так, первому из предложенных значений могут соответствовать различные доверенности, договоры, нотариально заверенные документы, которые могут быть использованы для зашифровки ведомственной принадлежности объектов, транспортных средств и личности конфиденентов.

Вторую категорию документов составляют гражданские и заграничные паспорта, водительские удостоверения, различные удостоверения личности (служебные, пенсионные и т.д.).

Третьему значению документов соответствует достаточно широкая группа письменных свидетельств. Так, это могут быть документы из медицинских учреждений, трудовые книжки и иные доку-

¹ *Горяинов, К.К.* Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: коммент. С. 236.

² *Оперативно-розыскной словарь* / авт.-сост. А.Ю. Шумилов. С. 33.

³ *Ожегов, С.И.* Словарь русского языка / С.И. Ожегов. 8-е изд., стереотип. М.: Сов. энциклопедия, 1970. С. 167.

менты, связанные с трудовой деятельностью, а также документы, выдаваемые учреждениями и органами исполнения наказания.

Кроме того, к письменным свидетельствам могут относиться и рукописные документы (записки, письма, отчеты и т.д.).

В свою очередь анализ п. 4 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД позволяет выделить следующие виды документов оперативного прикрытия. Это документы, зашифровывающие:

- 1) личность должностных лиц органов, осуществляющих ОРД;
- 2) личность граждан, оказывающих содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим ОРД;
- 3) ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений органов, осуществляющих ОРД;
- 4) ведомственную принадлежность транспортных средств органов, осуществляющих ОРД.

Проведенное нами исследование не выявило каких-либо значимых правовых и организационных проблем использования документов третьего и четвертого вида (в предложенной нами классификации). Предприятия, учреждения, организации, а также подразделения и помещения органов, осуществляющих ОРД, могут зашифровываться путем формирования пакета документов, предусмотренных законодательством РФ (гражданским, налоговым, трудовым и т.д.) для создания и функционирования соответствующих субъектов финансово-хозяйственной деятельности.

Аналогичная ситуация складывается с зашифровкой транспортных средств органов, осуществляющих ОРД, на которые могут оформляться все необходимые документы от имени сторонней организации (свидетельство о регистрации транспортного средства, путевой лист, полис обязательного страхования автогражданской ответственности и др.).

В то же время использование документов, зашифровывающих личность должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, и граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, не исключает возникновения некоторых организационных проблем и юридических казусов.

Так, должностные лица оперативных подразделений могут использовать документы прикрытия, изготовленные от имени как несуществующих организаций, так и реально действующих, существующих юридических лиц. К числу таких документов относятся

служебные удостоверения, доверенности, иные документы, подтверждающие личность конфиденнта как представителя той или иной конкретной, действительно существующей организации.

Мы не исключаем, что в случае незапланированной расшифровки такого конфиденнта или в процессе дальнейшего использования результатов ОРД в уголовном процессе может быть причинен ущерб имиджу и деловой репутации юридического лица, от имени которого он действовал. Полагаем, что данное обстоятельство может спровоцировать обращение данного юридического лица в суд с иском к соответствующему органу, проводившему соответствующие ОРМ.

Не менее проблемная ситуация может возникнуть в связи с использованием документов прикрытия, содержащих персональные данные человека. Не сложные логичные рассуждения позволяют сделать вывод, что конфиденнты могут обеспечиваться документами прикрытия либо с их собственными личными данными, либо с данными вымышленных людей, либо с персональными данными других, но реально существующих граждан.

Необходимость использования документов с персональными данными существующих граждан может возникнуть, допустим, в том случае, когда лица, в отношении которых проводят ОРМ, имеют прямой или опосредованный (например, через свои коррупционные связи) доступ к информационным базам персональных данных физических лиц, хранящихся в государственных органах, иных организациях и учреждениях. В связи с этим действительно, как отмечают некоторые исследователи, в настоящее время оперативные сотрудники в отдельных случаях используют персональные данные реально существующих или живших людей в документах оперативного прикрытия¹. В то же время ФЗ об ОРД не содержит юридической процедуры использования персональных данных граждан при осуществлении ОРМ.

В этой связи представляет интерес содержание п. 33 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции, в соответствии с которым ей предоставлено право *«использовать»* банки данных других государственных органов и организаций, в том числе *персональные данные граждан, если федеральным законом не установлено иное»* (выделено нами. — В.Г.).

¹ Мишугис, Г.С. Право человека на имя: оперативно-розыскной аспект / Г.С. Мишугис // Оперативник (сыщик). 2011. № 3. С. 35.

Однако далее в ч. 7 ст. 17 ФЗ о полиции установлено, что обработка персональных данных осуществляется в соответствии с требованиями, установленными законодательством РФ в области персональных данных.

В соответствии с п. 3 и 6 ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹ такие оперативно-разыскные действия подпадают под понятие обработка и предоставление персональных данных, которые, в свою очередь, на основании ст. 6 этого же Закона, осуществляются только с согласия субъекта персональных данных. Иные основания и условия обработки персональных данных, содержащиеся в ст. 10—11 и 14 Федерального закона «О персональных данных», не определяют возможности их оперативно-разыскного использования в документах, зашифровывающих личность конфиденнта, что ставит под сомнение законность соответствующих действий должностных лиц оперативных подразделений.

В связи с этим полагаем, что можно прогнозировать различные негативные последствия такого несовершенства правового регулирования, в частности судебные иски граждан к органам, осуществляющим ОРД, в связи с использованием их персональных данных².

Принимая во внимание, что некоторые представители общественности отрицательно воспринимают сам факт оказания негласного содействия правоохранительным органам, с их стороны может последовать развертывание кампании по общественному осуждению и порицанию гражданина, чьи персональные данные использовались в документах прикрытия. В данном случае будут затронуты такие нематериальные блага, как достоинство личности, ее честь и доброе имя, которые в соответствии со ст. 150—152 ГК РФ могут защищаться в суде, даже если они принадлежали умершему человеку.

Кроме того, нельзя отрицать и возникновения крайне опасных ситуаций, связанных с посягательствами на жизнь и здоровье граждан, чьи персональные данные использовались в документах прикрытия. Для исключения самой возможности указанных криминальных посягательств представляется необходимым не только урегулировать

¹ Собр. законодательства Рос. Федер. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

² Примером тому может служить упоминаемый в средствах массовой информации «шпионский скандал» в США, один из участников которого обвинялся в присвоении себе имени умершего в 1963 г. гражданина Канады (цит. по: *Мишугис, Г.С.* Указ. соч. С. 36).

ровать процедуру использования персональных данных в законодательстве, но и, возможно, предусмотреть применение мер безопасности в отношении таких граждан.

В завершение хотелось бы отметить, что законодательное право органов, осуществляющих ОРД, использовать документы оперативного прикрытия является актуальным и значимым для эффективного выявления и пресечения преступлений оперативными подразделениями полиции.

Вместе с тем некоторые аспекты обеспечения конспирации при их создании и использовании персональных данных реально существующих граждан остались вне правового регулирования. Как решение этих и ряда других проблем в научной юридической литературе предлагается и, на наш взгляд, вполне обоснованно, создать отдельный нормативный правовой акт, посвященный правилам конспирации при осуществлении ОРД¹.

Однако какой бы путь правового регулирования не был избран законодателем, оперативно-разыскные нормативные правовые акты, регулирующие процедуру использования документов оперативного прикрытия, должны быть согласованы с законодательством о персональных данных граждан.

§ 7. Создание предприятий, учреждений, организаций и подразделений, необходимых для решения задач оперативно-разыскной деятельности

В п. 5 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД предусмотрено право органов, осуществляющих ОРД, создавать в установленном законодательством РФ порядке предприятия, учреждения и организации, необходимые для решения задач ОРД. Актуальность и практическая значимость данного права заключается в том, что действия оперативных сотрудников по объективным причинам невозможно сделать абсолютно скрытыми от окружающих лиц, что предопределяет неукоснительное соблюдение оперативно-разыскного принципа конспира-

¹ *Павличенко, Н.В.* Правовая охрана лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность. С. 125.

ции. В связи с этим, как справедливо отмечают некоторые исследователи, в определенных случаях необходимо представить ОРМ так, чтобы лицами, в отношении кого они проводятся, и иными окружающими гражданами они воспринимались как обыденные, ни чем не примечательные действия¹. Это достигается, в том числе, использованием легендированных предприятий. Именно поэтому данная правовая норма, на наш взгляд, является весьма прогрессивной, так как значительно расширяет возможности органов, осуществляющих ОРД, при проведении негласных ОРМ и в определенных тактических ситуациях является эффективным способом решения задач ОРД.

Сразу оговоримся, что правила п. 5 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД являются бланкетной нормой, так как законодатель прямо определяет, что указанные структуры могут создаваться в порядке, предусмотренном законодательством РФ.

В свою очередь процедура создания, регистрации, отчетности и ликвидации предприятия регламентируется гражданским законодательством, определяющим хозяйственные, договорные, трудовые и налоговые отношения. Более того, для обеспечения функционирования предприятия в соответствии с законодательством должны осуществляться подбор персонала, хозяйственная деятельность, финансовые расчеты и т.д. независимо от цели и реального назначения этого объекта².

В теории и практике ОРД предприятия, учреждения и организации, создаваемые органами, осуществляющими ОРД, принято называть легендированными предприятиями. Так, в Концепции взаимодействия государств-участников СНГ в борьбе с преступностью в качестве основной формы такого взаимодействия применительно к задачам борьбы с организованной преступностью признается необходимым обеспечить проведение совместной оперативно-розыскной

¹ *Боруленков, Ю.П.* Принципы оперативно-розыскной деятельности как методологическая основа специфической юридической деятельности / Ю.П. Боруленков // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2013. № 2. С. 14—20; № 3. С. 9—13 // СПС КонсультантПлюс.

² См.: *Вагин, О.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

работы, в том числе путем образования легендированных предприятий, учреждений и организаций¹.

Действительно, корпоративность и конспиративность преступных сообществ, их коррупционное прикрытие, использование ими современных контрразведывательных технологий и технических средств негативно влияют на эффективность ОРД полиции. В связи с этим, как справедливо отмечают эксперты, «в таких условиях поступление в правоохранительные органы полноценной оперативной информации в состоянии обеспечить только специальные средства и методы негласного расследования», к числу которых можно с уверенностью отнести реализацию оперативно-разыскного права на «создание легендированных предприятий»².

Следует отметить, что в оперативно-разыскной науке и практике использование легендированных предприятий неразрывно связывается с такими понятиями как «легендированный объект» и «оперативный эксперимент». Так, А.Ю. Арефьев под легендированным объектом предлагает понимать «юридическое лицо любой формы собственности либо частного предпринимателя, способных продемонстрировать легальную деятельность в какой-либо сфере в целях решения задач ОРД»³. В свою очередь другие ученые отмечают, что создаваемые оперативными подразделениями полиции предприятия «могут носить легендированный характер, т.е. функционировать под вымышленным названием и соответствующей правдоподобной легендой, и использоваться для решения частных задач ОРД, например для проведения оперативного эксперимента по выявлению лиц, совершающих мошеннические действия в отношении коммерческих фирм»⁴.

Действительно, оперативный эксперимент во многих случаях предполагает использование различных материальных объектов, являющихся потенциальными предметами преступного посягательства: автомобили, чемоданы, сумки, мобильные телефоны, драго-

¹ Решение о Концепции взаимодействия государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступностью (Москва, 2 апр. 1999 г.) // СПС КонсультантПлюс.

² *Босхолов, С.С.* Законодательное обеспечение борьбы с организованной преступностью / С.С. Босхолов // Журнал российского права. 1998. № 9. С. 18.

³ *Арефьев, А.Ю.* Нестандартный подход к исследованию проблем экономической безопасности России: рецензия / А.Ю. Арефьев // Российский следователь. 2008. № 4. С. 40.

⁴ *Аврутин, Ю.Е.* Комментарий к Федеральному закону «О полиции»: постатейный / Ю.Е. Аврутин, С.П. Булавин, Ю.П. Соловей, В.В. Черников. М.: Проспект, 2012 // СПС КонсультантПлюс.

ценности, денежные средства и т.д. Для проведения оперативного эксперимента могут также подбираться, оборудоваться или создаваться помещения-ловушки и квартиры-ловушки.

Специальные помещения как средство ОРД органов, ведущих негласную борьбу с преступностью, активно используются на протяжении всей истории сыска.

Так, с именем родоначальника французской тайной полиции (Сюрте) — Эжена Франсуа Видока связано применение такого оперативного средства, как квартиры-ловушки¹. Упоминаются они и в исторических очерках о деятельности российской уголовной полиции конца XIX—начала XX века².

Применение квартир-ловушек как средства выявления лиц, совершающих преступления, заключается в заблаговременной и скрытой подготовке таких помещений в местах наиболее вероятного их появления либо совершения преступлений для оперативного получения информации через конфиденциальных сотрудников или посредством скрытой аудио-видеозаписи, а также последующего внезапного задержания³. В связи с развитием науки и техники в настоящее время в целях борьбы с преступностью в глобальных компьютерных сетях стали создаваться и использоваться серверы-ловушки⁴.

Все перечисленное, по мнению А.Е. Четчина, можно назвать легендированными объектами, поскольку их использование направлено на маскировку действий оперативных работников и введение в заблуждение разрабатываемых лиц⁵.

¹ См.: *Торвальд, Ю.* Указ. соч.

² Например, см.: *Кошко, А.Ф.* Очерки уголовного мира царской России. Воспоминания бывшего начальника Московской сысковой полиции и заведующего всем уголовным розыском Империи. Репринтное воспроизведение издания 1926—1929 гг., Париж. М.: изд-во «СТОЛИЦА», 1992.

³ Основы оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие. 2-е изд., доп. и перераб. / под ред. А.Е. Четчина. Барнаул: БЮИ МВД России, 2005. С. 169—170.

⁴ См.: *Осипенко, А.Л.* Борьба с преступностью в глобальных компьютерных сетях: Международный опыт: моногр. / А.Л. Осипенко. М., 2004. С. 372—378.

⁵ Термин «легендированный объект» достаточно часто встречается в современной литературе по оперативно-розыскной проблематике, однако это понятие пока еще недостаточно изучено и требует отдельных, более глубоких исследований. Упомянутый термин не нашел пока своего места и в оперативно-розыском законодательстве, в связи с этим справедливо ставится вопрос о законодательном признании объектов-ловушек, используемых в ОРД. В специальной литературе существует подход, в соответствии с которым закрепленный в п.5 ч.1 ст. 15 ФЗ об ОРД перечень (предприятия, учреждения, организации и подразделения), дополнить словами: «а также иные легендированные объекты», что позволит сделать легитимным ис-

Вместе с тем порядок использования различных легендированных объектов достаточно сложен и не может быть универсальным. В связи с этим вся совокупность используемых полицией легендированных объектов нуждается, на наш взгляд, в классификации и детальной нормативной правовой регламентации отдельных процедур их создания и применения.

В перечне указанных легендированных объектов, на наш взгляд, отдельное место занимают легендированные предприятия, создание которых предусмотрено п. 5 ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД. Необходимо отметить, что, по мнению Н.П. Водько, их создание и использование следует относить к числу самостоятельных ОРМ¹. В этом аспекте примечателен зарубежный опыт. В частности в законодательстве Республики Таджикистан существует такое ОРМ как «образование юридического лица»².

Однако при всем позитивном отношении к более детальной регламентации ОРД мы критически относимся к подобным законодательным инициативам. Прежде всего потому, что «создание легендированного предприятия» в отличие от всех ОРМ не имеет познавательной направленности, а представляет собой действие обеспечивающего характера, создающее условия для эффективного проведения ОРМ.

Кроме того, мы полагаем, что перечень ОРМ отражает весь необходимый «арсенал» способов познания криминальной среды и не нуждается в дополнении. В данном случае мы солидарны с А.Е. Чечетиным и полагаем нецелесообразным безмерное расширение перечня ОРМ³.

Вместе с тем достаточно спорным, на наш взгляд, является подход, в соответствии с которым создание легендированных предприятий относится к разновидности оперативного эксперимента⁴. В

пользование в ОРД любых объектов-ловушек. См.: Чечетин, А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: моногр. / А.Е. Чечетин. М.: ИД Шумиловой И.И., 2006. С. 121—122.

¹ См.: Водько, Н.П. Правовые и организационные основы оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел по борьбе с организованной преступностью: моногр. / Н.П. Водько. М., 2002. С. 217.

² Зоиров, Д.М. Образование юридического лица — элемент оперативно-розыскной деятельности / Д.М. Зоиров // Оперативник (сыщик). № 2 (7). 2006. С. 51—52.

³ Чечетин, А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий. С. 121—122.

⁴ Там же. С. 121—122.

соответствии с действующим оперативно-разыскным законодательством «создание легендированного предприятия» есть право органов, осуществляющих ОРД, которое они могут реализовывать в целях решения задач, предусмотренных ФЗ об ОРД.

Следовательно, легендированное предприятие может создаваться не только для проведения оперативного эксперимента. Возможности созданного под легендой учреждения могут использоваться для сбора разведывательной информации при проведении различных ОРМ (проверочная закупка, контролируемая поставка, оперативное внедрение и т.д.).

Более того, как справедливо отмечает коллектив авторов одного из комментариев к ФЗ об ОРД, цели создания объектов в качестве легендированных довольно разнообразны и не ограничиваются только решением задач, прямо предусмотренных законом, а могут использоваться для решения вспомогательных задач ОРД, среди которых: зашифровка деятельности оперативных подразделений; обеспечение конспирации и собственной безопасности оперативных подразделений и их сотрудников; сбор, обработка негласной информации; документирование преступной деятельности, задержание преступников с поличным; зашифровка негласных мероприятий; введение объектов ОРД в заблуждение относительно характера и целей действий оперативного аппарата либо побуждения их к определенным поступкам и др.¹ В этой связи создание легендированного предприятия, на наш взгляд, не должно отождествляться с каким-либо конкретным ОРМ ни по основаниям, ни по условиям, ни по процедуре его осуществления.

В зависимости от возникающих оперативно-тактических ситуаций и стоящих оперативно-разыскных задач, предприятия, организации и учреждения могут создаваться органами, осуществляющими ОРД, в целях:

- 1) обеспечения конспирации и зашифровки своих оперативных подразделений;
- 2) выявления и документирования преступной деятельности, а также задержания преступников с поличным;

¹ См.: *Вагин, О.А.* Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

3) легендированного прикрытия и зашифровки отдельных негласных мероприятий или разведывательной деятельности оперативных сотрудников.

Использование легендированных предприятий *первой категории* носит перманентный характер, так как создаются они с момента образования самого органа, осуществляющего ОРД, и прекращают существование в связи с его расформированием.

Создание и функционирование *второй категории* легендированных предприятий обусловлено необходимостью борьбы с отдельными видами преступной деятельности. Особенно актуально их использование в экономической сфере криминальной активности.

Так, Ю.П. Гармаев обращает внимание на потенциальную эффективность использования легендированных предприятий при выявлении и раскрытии внешнеэкономических преступлений¹.

По мнению А.Ю. Арефьева, эффективность применения легендированных объектов в экономической сфере обусловлена тем, что «в сложившихся условиях рыночной экономики фирмы, банки, организации, учреждения, частные предприниматели, в том числе и криминализованные, заинтересованы в постоянном развитии контактов с целью заключения новых сделок, установления выгодных взаимоотношений»².

Кроме того, функционирование таких легендированных предприятий позволяет расширить круг общения с лицами, представляющими оперативный интерес, что, несомненно, способствует укреплению оперативных позиций и развитию осведомленности о криминальной среде. В конечном итоге результаты деятельности легендированного предприятия могут использоваться для проведения ОРМ, позволяющих зафиксировать факт подготовки или совершения преступления и задержать лиц, причастных к его совершению, с поличным (например, при проведении проверочной закупки, оперативного эксперимента или контролируемой поставки).

Третья категория легендированных предприятий создается для решения частных, конкретных оперативно-разыскных задач, возникающих в процессе ОРД полиции. Такие предприятия могут исполь-

¹ См.: Гармаев, Ю.П. Внешнеэкономические преступления, связанные с вывозом капиталов за рубеж: комментарий законодательства и методика расследования // Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2002.

² Арефьев, А.Ю. Указ. соч. С. 40.

зоваться для проведения отдельного ОРМ в целях повышения его эффективности и обеспечения конспирации. Например, создание рассматриваемых предприятий и использование их легендированного прикрытия может потребоваться при проведении таких ОРМ, как наблюдение, обследование зданий и транспортных средств, оперативное внедрение.

В этой связи примечателен опыт правоохранительных органов зарубежных стран. В частности в США разрешено проведение «секретных операций», под которыми понимается комплекс ОРМ (в нашем понимании), связанных с созданием фиктивных корпораций, организаций, предприятий, торговых заведений, частных учреждений, фирм, действующих под соответствующей легендой (Инструкция Генерального атторнея, изданная в январе 1981 г.). Прежде всего проведение таких секретных операций направлено против коррупции, экономической и организованной преступности¹.

Необходимо отметить, что данные легендированные предприятия не только функционируют под контролем ФБР США, но и юридически являются его собственностью, имеют свой бюджет, осуществляют все финансово-хозяйственные операции, необходимые для поддержания легенды. Действительно, как справедливо отмечают ученые, «функционирование легендированных юридических лиц предполагает осуществление ими какой-либо хозяйственной (коммерческой) или иной деятельности, сотрудничество с организациями, гражданами, финансовыми органами и др., что влечет необходимость выполнения принятых на себя обязательств, а в отдельных случаях и гражданско-правовой ответственности по ним»².

В то же время следует подчеркнуть, что финансово-хозяйственная деятельность легендированных предприятий ФБР США **есть** способ поддержания легенды, создание видимости, заинтересованности в противозаконных сделках, торговых операциях, финансовых махинациях и т.п. Основная задача этих организаций — создание условий для оперативных сотрудников, действующих под легендой бизнесменов, по установлению доверительных отношений с лицами, подозреваемыми в причастности к коррупционным и эко-

¹ Смирнов, М.П. Комментарии законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации и за рубежом: учеб. пособие / М.П. Смирнов. 5-е изд., расшир. и перераб. М.: ДГСК МВД России, 2012. Ч. 1. С. 245.

² См.: Вагин, О.А. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности».

номическим преступлениям, организованной преступности, их «приглашение» к совершению преступлений; сбор разведывательной информации и обвинительных доказательств.

Наиболее известный пример — операция «АБСКЭМ», в ходе выполнения которой оперативные сотрудники, действовавшие под видом представителей арабской корпорации (фиктивной организации, созданной ФБР США), предлагали взятки чиновникам и парламентариям, подозреваемым в коррупции. По оперативным материалам, полученным в результате этой операции, все выявленные коррупционеры были привлечены к уголовной ответственности¹.

Не менее эффективной и значимой по своим результатам является операция «Грейлорд»: по обвинению в коррупции и иных связанных с мздоимством правонарушений были привлечены к уголовной ответственности, сняты с должностей и лишены патентов юриста 92 человека².

Мы полагаем, что руководителям и должностным лицам оперативных подразделений полиции следует учитывать и перенимать положительный опыт организации и тактики использования легендированных предприятий зарубежными правоохранительными органами. В то же время эффективность использования и адаптации организационно-тактических схем аналогичных операций во многом зависит от создания комплекса соответствующих нормативных правовых актов, регулирующих эту сферу ОРД.

В заключение отметим, что процедура реализации права органов, осуществляющих ОРД, создавать предприятия, учреждения и организации, необходимые для решения задач, предусмотренных ФЗ об ОРД, нуждается в детальной правовой регламентации.

Основные юридические условия создания легендированных предприятий следует, на наш взгляд, определить на законодательном уровне, так как они затрагивают правоотношения, регулируемые различными отраслями законодательства.

Кроме того, регламентация общей процедуры создания и использования легендированных предприятий в ФЗ об ОРД позволит обеспечить эффективный контроль и надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, а также исключить необоснованные

¹ Цит. по: *Власихин, В.* Операция «АБСКЭМ»: жучки, маячки и жало в борьбе с коррупцией / В. Власихин // Чистые руки. 1999. № 3. С. 39—52.

² Цит. по: *Власихин, В.* Операция «Грейлорд»: судебные спектакли в борьбе с судейской коррупцией / В. Власихин // Чистые руки. 2002. № 5. С. 60—66.

обвинения оперативных сотрудников в использовании незаконных методов раскрытия преступлений и провокаций.

Вместе с тем в целях обеспечения конспирации и режима секретности полагаем целесообразным отдельные организационно-тактические вопросы создания и функционирования легендированных предприятий органов, осуществляющих ОРД, определить в ведомственных нормативных актах.

Глава III Проблемы нормативного закрепления и реализации прав оперативных подразделений полиции, предусмотренных Федеральным законом «О полиции»

§ 1. Задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, при проведении оперативно-разыскных мероприятий

Основной задачей оперативных подразделений полиции, как уже отмечалось ранее, является выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений. Решение данной задачи в целом и непосредственно пресечение и раскрытие преступлений в частности, невозможно без применения должностными лицами этих органов определенных принудительных мер. Так, в полицейской оперативно-разыскной практике достаточно часто возникает необходимость в захвате лица, подозреваемого в совершении преступления.

Кроме того, в некоторых случаях в целях установления личности и опроса граждан, возможно причастных к совершению преступления, должностные лица оперативных подразделений полиции доставляют их в служебное помещение и удерживают там, в целях получения соответствующих объяснений.

Подчеркнем, что данный аспект ОРД является законодательно неурегулированным, а потому подвергается обоснованной критике в юридическом сообществе. В частности, по мнению В.В. Волынского, способы собирания доказательств в стадии возбуждения уголовного дела ограничены законодателем и в принципе исключают уголовно-процессуальное принуждение, «поэтому, если например оперативные работники в рамках проверки сообщения о преступлении принудительно доставляют граждан в ОВД для получения у них объяснений, удерживают их в течение продолжительного времени в помещении ОВД, нарушая тем самым конституционное право гражданина на неприкосновенность личности, такие действия могут оспариваться в суде на основании ст. 125 УПК РФ»¹.

Более того, необходимо отметить, что Европейский суд по правам человека считает, что задержание, которое несет в себе элемент государственно-властного принуждения и ограничения прав личности, будет иметь место и в том случае, если гражданин сам лично добровольно явился в правоохранительный орган либо согласен со своим задержанием².

В свою очередь, оперативно-разыскное законодательство не содержит какой-либо нормы, регламентирующей процедуру задержания граждан, подозреваемых в совершении преступления. Ни в перечне ОРМ (ст. 6 ФЗ об ОРД), ни в перечне прав органов, осуществляющих ОРД (ст. 15 ФЗ об ОРД) не содержится даже упоминания о такой возможности.

Неразрешенность этой проблемы также констатировал Конституционный Суд РФ, который определил, что задержание — как мера принуждения, обеспечения подготовки и проведения ОРМ или достижения каких-либо целей ОРД — ФЗ об ОРД не предусмотрено (оно может иметь место только в порядке и по основаниям, установленным КоАП РФ или УПК РФ)³.

¹ *Волынский, В.В.* Судебный контроль в стадии возбуждения уголовного дела (предмет, процессуальная форма) / В.В. Волынский // *Российский следователь*. 2009. № 11. С. 4.

² Постановление Европейского суда по правам человека от 18 июня 1971 г. по делу Де Вильде, Оомс и Версип против Бельгии // *Европейский суд по правам человека. Избранные решения*. В 2 т. М., 2000. Т. 1. С. 9—10, 18.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 15 апреля 2008 г. № 312-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Михайлына Сурена Михайловича на нарушение его конституционных прав статьей 5 и пунктом 4 статьи 10 Закона Российской Федерации «О милиции», а также статьей 2 и пунктом 7 части

В связи с этим в некоторых случаях оперативные сотрудники пытаются восполнить данный пробел путем применения норм административного законодательства, в частности применяя такие меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, предусмотренные ч. 1 ст. 27.1 КоАП РФ, как доставление и административное задержание. В некоторых случаях в рамках фактического задержания к подозреваемым в совершении преступлений оперативные работники применяют меры административно-правового характера вплоть до административного ареста по надуманному основанию¹.

Следует отметить, что процедура административно-процессуального доставления и задержания достаточно детально прописана в ст. 27.2—27.5 КоАП РФ. Преимущество такого детального изложения алгоритма действий должностных лиц и их процедурных аспектов заключается в том, что оно позволяет устранить многие противоречия между правоохранительными органами и лицами, в отношении которых такие меры применены. Это, в свою очередь, позволяет сотрудникам правоохранительных органов эффективнее исполнять свои обязанности, соблюдая при этом права и свободы человека и гражданина.

Вместе с тем следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 27.1 КоАП РФ, данные меры применяют в целях пресечения административного правонарушения, установления личности нарушителя, составления протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте выявления административного правонарушения, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела об административном правонарушении и исполнения принятого по делу постановления. В свою очередь в соответствии со ст. 2 ФЗ об ОРД ее задачами являются выявление и раскрытие преступлений. Именно их и только.

В связи с этим Конституционный Суд России определил следующее: когда в ходе ОРМ обнаруживается, что речь идет не о преступлении, а об ином правонарушении, то проведение ОРМ в силу

первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (документ опубликован не был) // СПС КонсультантПлюс.

¹ См.: *Круглов, И.В.* Фактическое задержание и доставление лица, задержанного по подозрению в совершении преступления / *И.В. Круглов, Х.В. Бопхоев* // *Российский следователь*. 2005. № 5.

ст. 2 и ч. 4 ст. 10 ФЗ об ОРД должно быть прекращено¹. Поэтому при всех указанных достоинствах административно-процессуального доставления и задержания данные меры в случае целенаправленного выявления признаков преступления, а следовательно, для ОРД не приемлемы.

Данная ситуация позволяет предположить, что основания и порядок задержания подозреваемого лица при осуществлении ОРД определены в уголовно-процессуальном законодательстве. Однако анализ действующих нормативных правовых актов и научной юридической литературы категорически опровергает это предположение.

Во-первых, «задержание», как процессуальная мера принуждения в соответствии с УПК РФ применяется к лицам, обладающим уголовно-процессуальным статусом «подозреваемый». На этапе оперативно-разыскного выявления и документирования преступлений лица, причастные к ним, с точки зрения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, с позиций уголовно-процессуального законодательства «подозреваемыми» не являются. Таким образом, правовой статус лица, задержанного по подозрению в совершении преступления до возбуждения уголовного дела, не определен, что «...представляет собой не что иное, как законодательный пробел»².

Во-вторых, в теории и практике ОРД в понятие «задержание» вкладывается иной смысл, отличный от уголовно-процессуального.

Так, в оперативно-разыскной литературе широко применяется такой термин как «задержание с поличным», под которым понимается захват преступника в момент или непосредственно после совершения преступления³. Как правило, такое задержание осуществляется в процессе проведения ОРМ, результаты которых впоследствии ложатся в основу принятия решения о возбуждении уголовного дела.

¹ Определение Конституционного Суда РФ № 86-О от 14 июля 1998 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой // Собр. законодательства Рос. Федер. 1998. № 34. Ст. 4368.

² *Зайцев, О.А.* Подозреваемый в уголовном процессе / О.А. Зайцев, П.А. Смирнов. М.: изд-во «Экзамен», 2005. С. 61.

³ Анализ оперативно-разыскной практики позволяет утверждать, что этот способ пресечения и раскрытия преступлений является одним из наиболее эффективных, так как позволяет зафиксировать сам факт совершения преступления, причастность конкретного лица к его совершению, предотвратить наступление тяжких последствий, изъять похищенное и другие предметы, которые впоследствии могут быть использованы в качестве вещественных доказательств и т.д.

Известен также термин «захват». Под ним понимают «внезапное силовое задержание лица, совершившего преступление, разыскиваемого или иного изучаемого лица. Захват — одна из выработанных оперативно-розыскной практикой мер пресечения преступления; как правило, специальная операция по задержанию изучаемого лица»¹.

В то же время вопрос о возможности и допустимости задержания подозреваемого до возбуждения уголовного дела относится к числу дискуссионных в науке уголовного процесса уже довольно длительное время и не нашел разрешения до сих пор.

Одни ученые категорически отрицают возможность задержания до возбуждения дела². Другие отмечают, что в некоторых случаях, скажем, при задержании правонарушителя на месте совершения преступления, уголовного дела нет и быть не может, а потому предлагают законодательно закрепить применение задержания до возбуждения уголовного дела³. Тем более что достаточно часто «реальное задержание осуществляется до возбуждения уголовного дела, но этот факт потом маскируется вольным обращением с датой на постановлении о возбуждении уголовного дела»⁴. Третьи утверждают, что и нынешняя формулировка ст. 91 УПК РФ подтверждает возможность задержания лица до возбуждения уголовного дела⁵.

Причиной такого расхождения во взглядах, по мнению В.Н. Григорьева, является то, что оппоненты имеют в виду разные этапы за-

¹ Шумилов, А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности. С. 286.

² Алексеев, Н.С. Очерк развития науки советского уголовного процесса / Н.С. Алексеев, В.Г. Даев, Л.Д. Кокорев. Воронеж: изд-во Воронежского ун-та, 1980. С. 171; Гуткин, И.М. Актуальные вопросы уголовно-процессуального задержания / И.М. Гуткин. М.: Академия МВД СССР, 1980. С. 28 и др.

³ Например, см.: Рудацкая, Е.А. Проблемы, возникающие при процессуальном задержании лица, когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения по УПК РФ / Е.А. Рудацкая // Уголовно-процессуальный кодекс РФ: год правоприменения и преподавания: материалы Междунар. науч.-практ. конф. М., 2004. С. 189—192.

⁴ Томин, В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства / В.Т. Томин. М., 1991. С. 115—116.

⁵ Астахов, Ю.П. Проблемы применения нового уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации на примере Красноярского края / Ю.П. Астахов // Вестник МВД России. 2003. № 4. С. 27; Сурихин, П.Л. Задержание лица по подозрению в совершении преступления / П.Л. Сурихин // Уголовный процесс. 2005. № 7. С. 11—23.

держания¹. Те, кто отрицает возможность задержания до возбуждения уголовного дела, подразумевают под этим применение меры уголовно-процессуального принуждения, связанной с оформлением протокола задержания подозреваемого в порядке ст. 91, 92 УПК РФ и водворением задержанного в камеру изолятора временного содержания. Таким образом, речь в данном случае идет о так называемом в литературе юридическом, процессуальном задержании². И, напротив, те, кто отстаивает допустимость задержания до возбуждения уголовного дела, имеют в виду действия по захвату лица и его доставлению в орган дознания, определяемые, обычно, как фактическое задержание³.

Действительно в п. 11 ст. 5 УПК РФ задержание подозреваемого определяется как мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица (выделено нами. — В.Г.) по подозрению в совершении преступления. Такая формулировка правовой нормы позволяет предположить, что законодатель разграничивает понятие фактического задержания и задержания процессуального, объединяя их лишь исчислением срока применения принуждения.

Видимо, основываясь на таких рассуждениях, некоторые исследователи пришли к выводу, что в содержание фактического задержания входят непосредственный физический захват лица, принудительное доставление задержанного в орган дознания, а также проведение в отношении задержанного предварительной проверки и его удержание все это время в помещении органа дознания вплоть до принятия следователем (дознавателем) решения о возбуждении уголовного дела, о задержании в порядке ст. 91, 92 УПК РФ или об освобождении фактически задержанного⁴.

¹ Григорьев, В.Н. Задержание подозреваемого / В.Н. Григорьев М.: УКЦ «ЮрИнфор», 1999. С. 113.

² Чувилев, А.А. Привлечение следователем и органом дознания лица в качестве подозреваемого по уголовному делу: учеб. пособие / А.А. Чувилев. М.: МВШМ МВД СССР, 1982. С. 18—23; Бушная, Н.В. Проблемы применения мер процессуального принуждения в стадии предварительного расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н.В. Бушная. Волгоград, 2005. С. 23.

³ См.: Гриненко, А. Разграничение фактического и уголовно-процессуального задержания / А. Гриненко // Уголовное право. 2002. № 3.

⁴ См.: Ксендзов, Ю.Ю. Проблемы задержания до возбуждения уголовного дела / Ю.Ю. Ксендзов // Право и политика. 2008. № 7.

Следует подчеркнуть, что мы склоняемся к такой точке зрения и полагаем, что в этом и заключалась идея законодателя: узаконить процедуру непосредственного захвата подозреваемого и при этом обеспечить соблюдение его права на свободу передвижения, включив период реального ограничения свободы в общий 48-ми часовой срок задержания.

Однако дальнейший анализ норм уголовно-процессуального законодательства не позволяет однозначно прийти к данному выводу. Так, в п. 15 ст. 5 УПК РФ момент фактического задержания определяется как *«момент производимого в порядке, установленном настоящим Кодексом, фактического лишения свободы передвижения лица (выделено нами. — В.Г.), подозреваемого в совершении преступления»*. При этом сам порядок, в соответствии с ч. 1 ст. 92 УПК РФ, заключается в том, что после доставления подозреваемого в орган дознания или к следователю в срок не более трех часов должен быть составлен протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены права, предусмотренные ст. 46 УПК РФ.

Круг замкнулся: задержание и фактическое задержание тождественны по своему содержанию и сущности¹, что, в свою очередь, не позволяет говорить о захвате заподозренного лица в рамках ОРД как о фактическом задержании в рамках уголовно-процессуальной деятельности. В данном случае оперативные сотрудники действуют вне уголовно-процессуального правового поля, следовательно, у граждан, в отношении которых должностные лица оперативных подразделений полиции провели захват и доставление, нет процессуального статуса «подозреваемого», и поэтому они не наделены присущими им правами и обязанностями. Указанные граждане, по существу, не обязаны давать какие-либо показания и могут покинуть помещение оперативного подразделения в любой момент проведения ОРМ «опрос», обжаловав в последующем сам факт их захвата, доставления и удержания.

Отметим, что не решает этой проблемы и ФЗ о полиции, который в п. 13 ст. 13 определяет право доставлять граждан, т.е. осу-

¹ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. В.В. Мозякова. М., 2002. С. 28—29; Супрун, С. Разграничение физического, фактического и уголовно-процессуального задержания / С. Супрун // Уголовное право. 2007. № 1.

шествовать их принудительное препровождение в служебное помещение территориального органа или подразделения полиции, в помещение муниципального органа, в иное служебное помещение в целях решения вопроса о задержании гражданина (при невозможности решения данного вопроса на месте).

Во-первых, в ФЗ о полиции ничего не говорится о захвате, который в большинстве случаев объективно предшествует доставлению. Во-вторых, формулировка «в целях решения вопроса о задержании» предполагает, что не во всех случаях будет принято такое решение и, возможно, некоторые доставленные будут отпущены.

Вместе с тем в заключительной части п. 13 ст. 13 ФЗ о полиции прямо указывается, что доставление должно сопровождаться составлением протокола о задержании в порядке, установленном ч. 14—15 ст. 14 ФЗ о полиции. На наш взгляд, такая законодательная конструкция фактически исключает возможность доставления граждан без последующего принятия решения об административном или уголовно-процессуальном задержании, что неизбежно повлечет за собой сокрытие самого факта доставления граждан в случае принятия отрицательного решения о задержании или фальсификацию оснований для задержания в целях принятия такого решения «любой ценой».

Таким образом, конституционное право человека на свободу и личную неприкосновенность в ходе ОРД ограничивается, административно-правовые и уголовно-процессуальные средства в оперативно-разыскных целях неприменимы, а в ФЗ об ОРД не только отсутствуют нормативно определенные процедуры их ограничения, но даже и не упоминается о необходимости соблюдения указанных прав в ходе ОРД.

В связи с этим в научной литературе справедливо отмечается, что фактическое задержание в форме «захвата», несомненно, ограничивает конституционное право граждан на свободу и личную неприкосновенность. При этом законность и обоснованность такого действия вызывает сомнение, так как его проведение не предусмотрено в ФЗ об ОРД и ведомственных нормативных актах органов, осуществляющих ОРД, а следовательно, отсутствуют возможности судебного контроля и прокурорского надзора за его проведением¹. И

¹ Ширванов, А.А. Предложения о дополнении определенного законом перечня оперативно-розыскных мероприятий / А.А. Ширванов, О.Ю. Вашенко // Научный портал МВД России. 2010. № 3. С. 76.

особенно уязвимо положение такого лица в ситуациях, когда уголовное дело не возбуждается или следователем (дознавателем) принимается решение не производить процессуальное задержание¹.

Необходимо отметить, что ученые предлагают различные варианты решения этой проблемы. По мнению одних, относительно самостоятельный характер фактического задержания требует и отдельного регулирования в УПК РФ целей, оснований, мотивов и процессуального оформления такого задержания².

Другие, предлагают комплекс действий по наблюдению за подозреваемым, захвату, личному обыску и доставлению регламентировать в качестве следственного действия — «захват подозреваемого», допустив, аналогично осмотру места происшествия, производство его до возбуждения уголовного дела, поскольку необходимость в задержании нередко возникает при непосредственном обнаружении события преступления до возбуждения уголовного дела³.

Третьи, учитывая, что законодатель сущность понятий «задержание подозреваемого» и «фактическое задержание» отождествил, деятельность по захвату и доставлению граждан, совершивших преступление, объективно сохранилась, а ее значение не утратилось, предлагают для ее обозначения вместо понятия «фактическое задержание» использовать понятие «физическое задержание», оформление которого осуществлять в рамках ОРД⁴.

На наш взгляд, ни один из предложенных вариантов не решает в полной мере всех обозначенных проблем. В связи с этим анализируя систему ОРМ, прав органов, осуществляющих ОРД, и мер уголовно-процессуального принуждения, мы приходим к выводу, что

¹ По результатам проведенных ранее исследований этого вопроса в 24,2% случаев после возбуждения уголовных дел задержанные были освобождены, а в отношении их были применены или обязательство о явке, или подписка о невыезде и надлежащем поведении (*Ксендзов, Ю.Ю.* Указ. соч.).

² См.: Там же.

³ См.: *Смушкин, А.Б.* К вопросу о правомерности задержания до возбуждения уголовного дела / А.Б. Смушкин // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Физическое задержание (захват и доставление) лица, совершившего преступление, до возбуждения уголовного дела с позиции отраслевого статуса «подозреваемый» не является частью уголовно-процессуального задержания. В связи с этим считаем целесообразным «момент физического задержания» лиц, совершивших преступления, фиксировать в служебных документах (например, рапортах), составляемых сотрудниками милиции при осуществлении административной деятельности или ОРД (см.: *Супрун, С.* Указ. соч.).

решение должно носить комплексный характер. Прежде всего в ст. 15 ФЗ об ОРД необходимо предусмотреть право органов, осуществляющих ОРД, производить захват, доставление и досмотр лиц, обоснованно подозреваемых в совершении преступлений. При этом — детально прописать процедуру их осуществления и оформления (по аналогии с оперативно-разыскным изъятием). Это позволит обеспечить соблюдение соответствующих прав и свобод граждан, в том числе на обжалование действий правоохранительных органов.

В то же время необходимо согласовать оперативно-разыскное и уголовно-процессуальное законодательства путем разграничения понятий «задержание подозреваемого» (уголовно-процессуальное решение) и «фактическое задержание», определив сущность последнего административными и оперативно-разыскными действиями по захвату и доставлению лица, заподозренного в совершении преступления.

§ 2. Досмотр граждан при проведении оперативно-разыскных мероприятий

В процессе решения задач ОРД по пресечению и раскрытию преступлений оперативные сотрудники полиции осуществляют захват и доставление в служебные помещения выявленных лиц, возможно причастных к их совершению. Непосредственно после захвата должностными лицами оперативных подразделений полиции осуществляется личный досмотр данных лиц с целью обнаружения оружия и иных предметов в зависимости от обстоятельств совершенного преступления (например, наркотических веществ, денежных средств, драгоценных камней и металлов). По прибытию в служебное помещение ОВД при необходимости производится повторный, более тщательный досмотр¹ с целью выявления иных материальных объектов, возможно скрытых в тайниках одежды и указывающих на причастность лица к совершенному преступлению.

¹ Отметим, что при доставлении в дежурную часть ОВД личный досмотр лица входит в перечень обязанностей дежурной смены (см.: приказ МВД России от 01.04.2009 г. № 248 «Об утверждении Наставления о порядке исполнения обязанностей и реализации прав милиции в дежурной части органа внутренних дел Российской Федерации после доставления граждан»).

По существу, досмотром лиц в указанной ситуации достигается две основные цели: 1) обеспечивается безопасность оперативных сотрудников и окружающих граждан путем своевременного обнаружения и изъятия огнестрельного и холодного оружия, скрытого в одежде или на теле захваченного лица; 2) фиксируется наличие у захваченного лица предметов и документов, которые впоследствии могут быть приобщены к уголовному делу в качестве вещественных доказательств, обеспечивается их сохранность. Однако, несмотря на указанную актуальность и значимость личного досмотра граждан при проведении ОРМ, данное оперативно-разыскное действие в перечне прав, регламентированных ст. 15 ФЗ об ОРД, отсутствует. В связи с этим должностные лица органов, осуществляющих ОРД, при необходимости проведения досмотра вынуждены руководствоваться иными законодательными актами.

Основываясь на том, что ОРД осуществляется в целях выявления, пресечения и раскрытия преступлений, имеются основания предположить, что в отношении лиц, задержанных по подозрению в их совершении, может осуществляться личный обыск, предусмотренный ст. 182 УПК РФ. Сущность этого следственного действия заключается в принудительном обследовании одежды, обуви, вещей и тела обыскиваемого с целью нахождения и изъятия спрятанных в них предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела. В соответствии с ч. 1, 3 ст. 182 УПК РФ личный обыск производится при наличии оснований и по судебному решению. При этом в ч. 2 ст. 184 УПК РФ законодатель предусмотрел исключение из данного правила, в котором определил, что при задержании лица по подозрению в совершении преступления личный обыск может быть произведен без соответствующего постановления.

Принимая во внимание отсутствие в уголовно-процессуальном законодательстве как дозволения, так и запрета на производство личного обыска в стадии возбуждения уголовного дела, среди юристов не выработано единого мнения по этому поводу.

Мы склонны согласиться с учеными и практиками, которые полагают, что процедура личного обыска без вынесения постановления в действующей редакции ч. 2 ст. 184 УПК РФ предусматривает возможность его производства до возбуждения уголовного дела при задержании лица по подозрению в совершении преступления¹. Од-

¹ В целях исключения различного толкования, некоторыми учеными предлагается дополнить ч. 2 ст. 184 УПК РФ следующим предложением: «В случае задержания

нако даже такое толкование норм уголовно-процессуального законодательства не решает проблем оперативно-разыскного досмотра, так как в отношении захваченных и доставленных граждан не всегда принимается процессуальное решение о задержании и возбуждении уголовного дела.

Кроме того, досмотр лица может потребоваться вообще вне процессуальной проверки сообщения о преступлении при проведении ОРМ, нацеленных на выявление, предупреждение или пресечение преступления.

В связи с этим достаточно часто на практике оперативные сотрудники подвергают личному досмотру задержанных лиц в соответствии с требованиями ст. 27.7 КоАП РФ. В случае если в ходе такого личного досмотра обнаружены и изъяты например похищенные вещи, то составленный в административном порядке с участием понятых протокол, в дальнейшем может использоваться в качестве доказательства по уголовному делу¹.

Вместе с тем в правоприменительной практике встречаются ситуации, когда изъятые у задержанного вещи приобщаются к материалам уголовного дела в качестве вещественных доказательств в результате проведения уже после возбуждения уголовного дела такого следственного действия, как выемка. В ходе выемки дежурный по ОВД добровольно выдает следователю (дознавателю) хранящиеся в дежурной части вещи подозреваемого, поясняя одновременно, как и почему они там появились. И здесь возникает вопрос: то ли личный досмотр задержанного не оформлялся, то ли был произведен с нарушением закона, то ли следователи и дознаватели пытаются таким образом усилить легализацию в уголовном процессе сведений, полученных не предусмотренным уголовно-процессуальным законом способом².

Действительно, применение административного законодательства в оперативно-разыскных целях вызывает у нас определенные сомнения.

подозреваемого личный обыск может быть произведен до возбуждения уголовного дела» (например, см.: *Семенцов, В.* Задержание подозреваемого в стадии возбуждения уголовного дела / В. Семенцов // Уголовное право. 2010. № 1. С. 100—103.

¹ По изученным Ю.Ю. Ксендзовым уголовным делам протоколы личного досмотра фигурировали в качестве доказательств в обвинительных заключениях (актах) и обвинительных приговорах в 45,8% случаев (см.: *Ксендзов, Ю.Ю.* Указ. соч.).

² См.: *Ксендзов, Ю.Ю.* Указ. соч.

Во-первых, потому что имеются некоторые существенные пробелы в законодательном регулировании процедуры личного досмотра в административном порядке. Например, КоАП РФ не содержит юридической формулировки понятия «личный досмотр»¹. Из содержания ст. 27.7 КоАП РФ не ясно, что именно подразумевается под личным досмотром, не указано, какие действия допустимы в ходе досмотра: визуальный поверхностный осмотр гражданина, со снятием верхней одежды или нет, каким образом проверяется содержимое, например, карманов одежды, не регламентированы действия должностного лица в случае отказа гражданина от личного досмотра и проведение его тогда в принудительной форме; не раскрыты пределы личного досмотра, исключаящие унижение достоинства личности и причинение вреда здоровью досматриваемого лица².

Отсутствие четкой регламентации указанных элементов процедуры личного досмотра оставляет место для дискуссии между сторонами защиты и обвинения об обоснованности и законности проведенного досмотра, вызывает сомнения в правомерности действий оперативных сотрудников и возможности использования результатов личного досмотра в качестве доказательств.

Во-вторых, по аналогии с административным задержанием следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 27.1 КоАП РФ личный досмотр в административном порядке осуществляется в целях пресечения административного правонарушения, установления личности нарушителя, составления протокола об административном правонарушении при невозможности его составления на месте выявления административного правонарушения, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела об административном правонарушении и исполнения принятого по делу постановления. Тогда как ОРД, в соответствии с действующим законодательством, нацелена на выявление и раскрытие только преступлений.

¹ Примечательно, что не только в административном, но и в таможенном, и в воздушном законодательствах, где также используется термин «личный досмотр», его определение и конкретный порядок проведения отсутствуют (см.: *Анганзоров, О. Личный досмотр* / О. Анганзоров // *Законность*. 2005. № 2).

² *Симакина, И.А.* Проблемы применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях / И.А. Симакина // *Проблемы применения мер государственного принуждения в административной деятельности полиции: сб. материалов круглого стола* (22 сент. 2011 г.). Хабаровск: ДВЮИ МВД России, 2011. С. 41.

Учитывая данное обстоятельство можно с определенной долей уверенности предположить, что осуществление личного досмотра, предусмотренного ст. 27.7 КоАП РФ, в оперативно-разыскной практике не допустимо.

Однако следует обратить особое внимание на п. 16 ст. 13 ФЗ о полиции, в котором определено право полиции «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 или их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, изымать указанные предметы, средства и вещества при отсутствии законных оснований для их ношения или хранения».

Анализ данной нормы позволяет, на наш взгляд, сделать вывод, что законодатель фактически разрешает использовать административный личный досмотр граждан, а также транспортных средств и находящихся при них вещей, в том числе для решения задач ОРД.

Так, в соответствии с данной нормой основанием осуществления личного досмотра является «наличие данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы» и т.п. Во-первых, законодатель не оговаривает источник получения этих данных, поэтому мы полагаем, что они могут быть получены и оперативно-разыскным путем. Во-вторых, незаконное ношение или хранение целого ряда перечисленных предметов и веществ, влечет за собой привлечение к уголовной ответственности (например, по ст. 222, 228 УК РФ). Эти аргументы позволяют нам предположить, что законодатель, таким образом, попытался восполнить пробел в правовом регулировании ОРД, предоставив тем самым право должностным лицам оперативных подразделений ОВД «осуществлять в порядке, установленном законодательством об административных правонарушениях, личный досмотр граждан» в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений.

Однако, на наш взгляд, это не решение проблемы осуществления личного досмотра в ОРД. Прежде всего потому, что действие ФЗ о полиции распространяется только на ОВД, следовательно, иные органы, осуществляющие ОРД, лишены права проводить личный досмотр граждан.

Кроме того, сам факт использования административно-процессуальных средств в заведомо уголовно-процессуальных целях может полечь за собой попытки правозащитников оспорить правомерность применения данной законодательной нормы.

Исходя из этого, полагаем целесообразным и возможным включение в перечень прав органов, осуществляющих ОРД, установленный ст. 15 ФЗ об ОРД, права на осуществление личного досмотра граждан, с указанием основных процедурных условий его применения.

§ 3. Использование специальной техники и информационных систем при осуществлении оперативно-разыскной деятельности

Эффективность решения оперативно-разыскных задач во многом определяется своевременным получением информации о тех или иных криминальных событиях, участвующих в них лицах, осведомленных об этом гражданах и т.д. Достоверность, точность, полнота, достаточность и многие другие качества оперативной информации всегда являлись предметом научных, в том числе фундаментальных, исследований¹. В связи с этим значимость получения и оценки информации в оперативно-разыском процессе трудно переоценить.

Вместе с тем добывание информации не является самоцелью ОРД. Не менее важными представляются процедурные вопросы фиксации, оценки и использования информации в оперативно-разыскных целях, а также особенности их правового регулирования.

Следует отметить, что законодатель не оставил без внимания этот аспект ОРД. Так, в ч. 3 ст. 6 ФЗ об ОРД установлено, что в «хо-

¹ Например, см.: *Овчинский, С.С.* Оперативная информация / С.С. Овчинский; под ред. А.С. Овчинского, В.С. Овчинского. М.: ИНФРА-М, 2000; *Шумилов, А.Ю.* Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации: моногр. / А.Ю. Шумилов. М.: изд-ль Шумилова И.И., 2000; *Овчинский, А.С.* Информация и оперативно-разыскная деятельность: моногр. / А.С. Овчинский; под ред. В.И. Попова. М.: ИНФРА-М, 2002.

де 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 развитие этого положения в ч. 1 ст. 10 ФЗ об ОРД определено, что оперативно-розыскные органы «могут создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета». Как уже отмечалось ранее, в данном случае законодатель предоставляет оперативно-розыскным органам не что иное, как именно *право* собирать, накапливать, систематизировать, обрабатывать и использовать информацию, применяя при этом технические средства и информационные технологии. Однако в ст. 15 ФЗ об ОРД в общем перечне прав органов, осуществляющих ОРД, данное право не содержится, что вносит определенный дисбаланс в систему законодательного регулирования сферы оперативно-розыскных правоотношений.

В связи с этим представляют интерес отдельные положения новейшего полицейского законодательства. В частности, п. 32 ст. 13 ФЗ о полиции определяет право полицейских органов получать, учитывать, хранить, классифицировать, использовать, выдавать и уничтожать в соответствии с законодательством РФ дактилоскопическую и геномную информацию. Вне всякого сомнения, данная информация может и должна использоваться в оперативно-розыскных целях.

Так, в ст. 14 Федерального закона от 25.07.1998 г. № 128-ФЗ «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации»¹ указывается, что право на использование дактилоскопической информации имеют органы, осуществляющие ОРД, а в ст. 15 Федерального закона от 03.12.2008 г. № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»² закреплено право оперативно-розыскных органов на использование геномной информации. На наш взгляд, это является весомым аргументом в пользу принятия решения о включении права на использование указанной информации в ст. 15 ФЗ об ОРД в целях обеспечения согласованности нормативных актов и систематизации оперативно-розыскного законодательства.

¹ Собр. законодательства Рос. Федер. 1998. № 31. Ст. 3806.

² Собр. законодательства Рос. Федер. 2008. № 49. Ст. 5740.

Далее, в п. 33 ст. 13 ФЗ о полиции предоставлено полиции право использовать в деятельности информационные системы, видео- и аудиотехнику, кино- и фотоаппаратуру, а также другие технические и специальные средства, не причиняющие вреда жизни и здоровью граждан, а также окружающей среде; вести видеобанки и видеотеки лиц, проходивших (проходящих) по делам и материалам проверок полиции; формировать, вести и использовать банки данных оперативно-справочной, криминалистической, экспертно-криминалистической, розыскной и иной информации о лицах, предметах и фактах; использовать банки данных других государственных органов и организаций, в том числе персональные данные граждан, если федеральным законом не установлено иное.

Прежде всего хотелось бы остановиться на *применении в ОРД специальных технических средств фотографирования, видео- и аудиозаписи информации*. Современное состояние развития науки и техники позволяет с достаточно высокой точностью фиксировать различные явления окружающей действительности, что предопределило активное использование этой возможности в правоохранительной деятельности. В настоящее время уже невозможно представить ОРД без применения специальной техники.

Эффективность ее применения в негласной разведывательной деятельности правоохранительных органов подтверждает и мировая практика. Например, ФБР США очень активно использует так называемое электронное наблюдение, которое позволяет его сотрудникам добиваться высоких результатов в борьбе с организованной преступностью¹.

В ФРГ действует специальный закон об ограничении тайны переписки, почты и телефонных переговоров, который уполномочивает компетентные органы (ведомства по охране Конституции, служба безопасности бундесвера и федеральное агентство информации) прослушивать и записывать на пленку телефонные разговоры².

Как отмечалось выше, отечественное оперативно-розыскное законодательство также разрешает применение специальной техники при осуществлении ОРД. Более того, некоторые ОРМ просто не мыслимы без применения технических средств: прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи.

¹ Например, см.: *Чечетин, А.Е.* Опыт борьбы с организованной преступностью в США: учеб. пособие / А.Е. Чечетин, Е.В. Буряков. Омск, 1998. С. 27.

² Подробнее см.: *Ахкубеков, А.Х.* Правовое регулирование за рубежом оперативно-розыскной деятельности и использования ее результатов в уголовном процессе: моногр. / А.Х. Ахкубеков. М.: Рос. крим. ассоциация, 2004.

При проведении поисковых ОРМ применение специальных технических средств позволяет обнаружить скрытые или замаскированные объекты и сообщения: исследование предметов и документов, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений.

В подавляющем большинстве случаев использование технических средств визуальной и звуковой фиксации при проведении иных ОРМ позволяет задокументировать факты противоправной деятельности конкретных лиц, а также в дальнейшем исключить жалобы стороны защиты о нарушении законности и процедуры осуществления тех или иных действий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД.

В связи с этим нам представляется вполне обоснованным и логичным включение права на использование специальных технических средств в перечень прав оперативно-разыскных органов ст. 15 ФЗ об ОРД. Во-первых, отсутствие в данной статье прямого указания на право органов, осуществляющих ОРД, использовать специальные технические средства нарушает систему прав этих органов в целом, заставляя правоприменителей и правозащитников искать **скрытый** смысл в такой законодательной конструкции. Во-вторых, специальные технические средства являются крайне «острым» инструментом в борьбе с преступностью, так как их использование в большинстве случаев связано с ограничением прав и свобод граждан.

Мы отдаем себе отчет в том, что технические средства используются при проведении ОРМ, на осуществление которых дается судебное разрешение, и поэтому в отдельном судебном санкционировании не нуждаются.

Использование в ходе проведения ОРМ видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических и иных средств имеет целью фиксацию хода и результатов проведения соответствующих ОРМ и не является самостоятельным ОРМ. По смыслу ФЗ об ОРД, применение технических средств осуществляется в рамках общего порядка проведения соответствующих ОРМ и само по себе не предопределяет необходимость вынесения о том специального судебного решения: судебное решение признается обязательным условием для проведения отдельных ОРМ, ограничивающих конституционные права человека и гражданина, а не для фиксации их хода и результатов¹.

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 № 268-О «По жалобам гражданина Уразова Сергея Владимировича на нарушение его конституционных

Вместе с тем в правоприменительной практике возникают вопросы об основаниях и условиях гласного и негласного использования технических средств, способах фиксации информации, формах и сроках ее хранения, и т.п. Вне всякого сомнения, организация и тактика применения специальных технических средств при проведении негласных ОРМ является предметом секретного ведомственного регулирования. Но при этом право использовать в ОРД специальную технику и отдельные процедурные элементы его реализации, на наш взгляд, должны быть в достаточной степени регламентированы на законодательном уровне¹.

Другим **не**маловажным аспектом в деятельности оперативных подразделений является *использование информационных систем, а также формирование и использование банков данных* разнообразной информации о лицах, предметах и событиях. Актуальность этого аспекта ОРД заключается в том, что оперативные подразделения полиции затрачивают значительные силы и средства на добывание оперативной информации, а наработанные модели ее анализа пока не дают необходимой отдачи, в итоге допускаются просчеты и опоздания в реагировании на поступившую оперативную информацию. ОРД изначально предполагает не только добывание информации, но и ее накопление и систематизацию в целях эффективного использования.

В специальной литературе отмечается, что оперативные сведения, добытые в ходе ОРМ, можно подразделить на те, которые в дальнейшем могут стать доказательствами с точки зрения уголовно-процессуального законодательства, т.е. проверены с позиции допустимости, относимости и достоверности, и на те сведения, которые никогда доказательствами не станут, но могут быть использованы как ориентирующая информация при раскрытии и расследовании преступления, например для подготовки и проведения обыска и других следственных действий². Однако этим собранная оперативно-

прав положениями статей 49, 91, 92, 227, 228, 229, 255 и 355 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статей 6, 8 и 10 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹ Например, законодательное регулирование использования специальных технических средств в США содержит строгий нормативный регламент процедурно-процессуальных сроков осуществления действий, связанных с ограничением прав и свобод граждан.

² См.: *Гайдов, В.Б.* Органы внутренних дел в вопросах и ответах: учеб. пособие / В.Б. Гайдов, А.В. Дюков, И.Н. Соловьев и др.; отв. ред. Т.Н. Москалькова. М.: Проспект, 2009.

разыскная информация не ограничивается. Она весьма разнообразна как по форме, так и по содержанию, а соответственно, по целям ее применения.

Информация может быть оформлена сообщениями конфидентов, рапортами оперативного сотрудника (например, при осуществлении им личного сыска), иными оперативно-служебными документами. Оперативно-разыскная информация может быть представлена в форме полученных оперативно-разыскным путем любительских фотографий и видеозаписей, письменных и электронных документов.

По содержанию информация может отражать обстоятельства подготовки или совершения преступления, причастность к его совершению определенного лица, данные об очевидцах и свидетелях преступления. Не менее важными для оперативных подразделений являются сведения, подтверждающие факты встреч и общения определенных лиц, пребывание их в определенное время в конкретном месте, совместное времяпрепровождение и наличие дружеских отношений и т.п.

Исходя из формы и содержания оперативно-разыскной информации определяются цели и направления ее использования, которые отнюдь не ограничиваются уголовным судопроизводством. В соответствии с ч. 1 ст. 11 ФЗ об ОРД результаты ОРД могут быть использованы для проведения ОРМ, принятия решений о достоверности представленных государственным или муниципальным служащим либо гражданином, претендующим на должность судьи, предусмотренных федеральными законами сведений.

Кроме того, в ч. 4 ст. 11 ФЗ об ОРД указывается, что результаты ОРД в отношении лиц, перечисленных в п. 1—4 и 6 ч. 2 ст. 7 ФЗ об ОРД, учитываются при решении вопроса об их допуске к указанным видам деятельности.

Принимая во внимание достаточно обширный круг информационных ресурсов, собираемых и накапливаемых в органах, осуществляющих ОРД, все полученные сведения, имеющие значение для решения задач ОРД или обладающие такой потенциальной возможностью, получили название «информация, представляющая оперативный интерес». Данное обстоятельство объективно предопределило создание в оперативных подразделениях ОВД оперативных учетов, которые представляют собой сложное системное образование специальной информации, имеющие свою структуру и функционирующие в определенном порядке.

Несмотря на всю актуальность и значимость формирования и использования в ОРД информационных систем и оперативных учетов¹, законодательное регулирование этого оперативно-разыскного аспекта оставляет желать лучшего. Так, в ФЗ об ОРД о возможности создания и использования информационных систем говорится только в ст. 6 и 10, а о делах оперативного учета — в ст. 10 и 21.

В частности, ч. 2 ст. 21 ФЗ об ОРД предписывает, что «по требованию прокуроров руководители органов, осуществляющих ОРД, представляют им оперативно-служебные документы, включающие в себя дела оперативного учета, материалы о проведении ОРМ с использованием оперативно-технических средств, а также *учетно-регистрационную документацию* (выделено нами. — В.Г.)». Иных упоминаний об оперативных учетах и их содержании в оперативно-разыском законодательстве не содержится, что, на наш взгляд, является серьезным упущением.

Принимая во внимание, что в информационных системах полиции накапливается большое количество сведений о лицах, представляющих оперативный интерес, их окружении, а также иных гражданах, попавших в поле зрения оперативных подразделений, возникает вопрос о правовых последствиях использования этой информации.

Так, в случае непрофессионального использования указанной информации одним из оперативных сотрудников, лицо может на основании ч. 4 ст. 5 ФЗ об ОРД истребовать все сведения о полученной о нем информации, что может повлечь расшифровку ОРМ многих оперативных подразделений за длительный период времени. В некоторых случаях руководители служб безопасности банков и коммерческих организаций увольняют сотрудников или отказывают в приеме на работу гражданам, состоящим на оперативных учетах полиции, получая данную информацию от бывших коллег, что может повлечь за собой вовлечение оперативных подразделений в судебное разбирательство.

Особая ситуация складывается с накоплением, хранением и использованием собранной оперативной информации о частной жизни граждан, чья причастность к преступной деятельности не

¹ Подробнее см.: Яковец, Е.Н. Проблемы аналитической работы в оперативно-разыскной деятельности органов внутренних дел: моногр. / Е.Н. Яковец. М.: ИД Шумиловой И.И., 2005.

установлена или не устанавливалась вообще, так как сведения о них были получены при проведении ОРМ в отношении иных лиц. Безусловно, решение этой и многих других смежных проблем предполагает более глубокие научные исследования монографического характера, результаты которых могут лечь в основу определенных изменений и дополнений законодательства.

Таким образом, полагаем необходимым включение права на использование специальных технических средств и информационных систем в перечень прав органов, осуществляющих ОРД, закрепленный в ст. 15 ФЗ об ОРД. Это позволит не только закрепить данное право в Законе, но и создаст необходимые нормативные предпосылки для формирования стройной системы полномочий должностных лиц органов, осуществляющих ОРД.

§ 4. Оперативно-разыскное проникновение в помещения, здания, сооружения, на участки местности и в транспортные средства

Важным элементом ОРД является необходимость проникновения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в жилые и нежилые помещения граждан, транспортные средства, на определенные территории и объекты различных форм собственности. Следует отметить, что такая необходимость может возникнуть при проведении любого ОРМ. Например, проведение опроса в жилище гражданина, контролируемая поставка на территорию предприятия, проверочная закупка в складском помещении магазина, оперативное внедрение в кредитно-финансовую организацию и иные подобные ОРМ предполагают, в той или иной форме, проникновение на объекты и территории.

Более того, проведение такого ОРМ, как обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств без проникновения в них представляется вообще невозможным. Вместе с тем правила ст. 15 ФЗ об ОРД и другие нормы оперативно-разыскного законодательства не содержат даже упоминания о таком праве органов, осуществляющих ОРД.

Полагаем, что в данном случае законодатель уклонился от прямого регулирования крайне конфликтной сферы взаимоотношений человека и должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, оставив правоприменителям и правозащитникам толковать закон, что, безусловно, не является решением проблемы. С одной стороны, ч. 2 ст. 8 ФЗ об ОРД определяет, что проведение ОРМ, которые ограничивают право на неприкосновенность жилища, допускаются на основании судебного решения, а с другой — до недавнего времени не утихали споры о допустимости гласного оперативно-разыскного обследования жилого помещения против воли проживающих в нем лиц даже при наличии судебного решения. Возникает парадоксальная ситуация: негласно обследовать жилище гражданина на основании судебного решения законно и допустимо, а проводить аналогичное мероприятие в его присутствии — нет. Вряд ли это соответствует логике и духу закона.

В связи с этим сошлемся на постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации» в котором определяется, что суды должны рассматривать материалы, подтверждающие необходимость проникновения в жилище, если таковые представляются в суд, и по результатам рассмотрения материалов судья должен выносить мотивированное постановление о разрешении провести оперативно-разыскные действия, связанные с проникновением в жилище, либо об отказе в этом.

В дальнейшем Конституционный Суд РФ признал конституционными положения ст. 8 ФЗ об ОРД и не усмотрел нарушений Конституции РФ в действиях сотрудников ОВД, которые проникли в жилище без согласия на то проживающих там лиц и провели его обследование на основании судебного решения¹.

Неопределенным с точки зрения законодательства остался вопрос о проникновении должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, в нежилые помещения, на территории и объекты юридических лиц. В оперативно-разыскной практике имелись случаи, когда владельцы этих объектов, даже если и не возражали против такого про-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 18 декабря 2003 г. № 498-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Чумакова Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статей 123 и 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

никновения, то все-таки настаивали на предъявлении какого-либо управомочивающего документа.

Отчасти данные проблемы решает Инструкция о порядке проведения сотрудниками ОВД гласного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, утвержденная приказом МВД России от 30 марта 2010 г. № 249. Данный ведомственный нормативный акт достаточно детально регламентирует процедуру обследования указанных объектов, включая составление соответствующих оперативно-служебных документов. В то же время в данном Приказе оговаривается, что действие Инструкции не распространяется на обследование жилых помещений.

Упущением данной Инструкции, на наш взгляд, также является отсутствие в ней процессуального документа, в котором отражаются процедура обследования и ее результат¹.

Кроме того, в целом приветствуя процедурно-процессуальное регулирование этой достаточно актуальной сферы оперативно-разыскных правоотношений, следует отметить, что законодательный уровень регламентации проникновения должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, на те или иные объекты и территории является более предпочтительным, нежели ведомственный.

Так, в ст. 15 ФЗ о полиции допускается возможность проникновения полицейских в жилые помещения, иные помещения и на земельные участки, принадлежащие гражданам, в помещения, на земельные участки и территории, занимаемые организациями в случаях, предусмотренных законодательством РФ, а также в иных строго определенных случаях. Безусловным преимуществом ст. 15 ФЗ о полиции, на наш взгляд, является детальная регламентация порядка действий сотрудников полиции при вхождении (проникновении) в жилое помещение.

Анализ содержания ч. 5 ст. 15 ФЗ о полиции позволяет условно разделить процедуру полицейского проникновения в жилое помещение на три этапа.

На *первом этапе* сотрудник полиции принимает решение о проникновении. Применительно к ОРД полицейское вхождение (проникновение) в жилые и иные помещения допускается для за-

¹ Исключением является подробное описание протокола изъятия в данной Инструкции. Однако остается непонятным: какой документ должен быть оформлен по результатам обследования, если ничего не изымалось.

держания лиц, подозреваемых в совершении преступления (п. 2 ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции) и пресечения преступления (п. 3 ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции).

Таким образом, при наличии указанных обстоятельств должностные лица оперативных подразделений полиции вправе принять соответствующее решение.

В то же время следует иметь в виду, что ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции оставляет место для дискуссии и подвергается критике в научных юридических кругах. Так, одни ученые на основании анализа данной нормы делают вывод, что «конституционное право на неприкосновенность жилища является менее ценным охраняемым интересом в сравнении с такими, как жизнь, здоровье, общественная или государственная безопасность»¹. Другие еще более категорично заявляют, что в полицейском законодательстве «о судебном контроле за обоснованностью ограничения конституционного права на неприкосновенность жилища забыто»².

Можно предположить, что законодатель исходил из того обстоятельства, что пресечение преступления, в том числе совершаемое в жилище, должно быть незамедлительным, а преследование и задержание преступника, скрывшегося в жилище, по существу, акты скоротечные и неразрывно связаны между собой. Однако, на наш взгляд, ни что не мешает по аналогии с уголовно-процессуальным и оперативно-разыскным законодательствами оговорить случаи неотложности и предусмотреть последующее получение судебного решения.

Весьма обоснованно С.И. Давыдов обращает внимание на то, что в ФЗ о полиции предусмотрена возможность проникать в жилые помещения для задержания лиц, лишь подозреваемых в совершении

¹ См.: *Борисов, С.В.* Необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника (правовая оценка действий сотрудников полиции) / С.В. Борисов, А.П. Дмитренко, Е.А. Рускевич и др.; отв. ред. Н.Г. Кадников. М.: Юриспруденция, 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

² В отличие от уголовно-процессуального законодательства, в котором закреплено правило о том, что осмотр, обыск и выемка в жилом помещении проводятся на основании судебного решения и лишь в исключительных, не терпящих отлагательства случаях, предварительный судебный контроль заменяется последующим, ФЗ о полиции допускает проникновение в жилые помещения помимо воли проживающих в них граждан без получения судебного решения (*Лобачев, Д.А.* Закон «О полиции» «вторгся» в уголовно-процессуальную сферу / Д.А. Лобачев // Уголовное судопроизводство. 2011. № 3. С. 11).

преступления, но не для задержания лиц, обвиняемых и скрывшихся от следствия и суда¹.

Примечательно, что авторы одного из самых обстоятельных комментариев ФЗ о полиции полагают, что данное основание (п. 2 ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции) для проникновения в жилище может быть применено и в тех случаях, когда сотрудники полиции преследуют лицо, задержанное в порядке ст. 91 УПК РФ, либо лицо, в отношении которого избрана мера пресечения в виде заключения под стражу, но совершившее побег². Однако, на наш взгляд, в целях исключения подобных юридических дискуссий целесообразно законодательно определить перечень лиц, задержание которых допускается с проникновением в жилище.

Второй этап полицейского вхождения (проникновения) заключается в непосредственном осуществлении сотрудниками полиции действий, направленных на проникновение в жилое помещение, процедура осуществления которых достаточно детально прописана в ч. 4 и 5 ст. 15 ФЗ о полиции. Прежде всего обращает на себя внимание тот факт, что сотрудник полиции вправе при необходимости произвести взлом (разрушение) запирающих устройств, элементов и конструкций, препятствующих проникновению в указанные помещения и на указанные территории. Безусловно, это достаточно радикальная, но в то же время и весьма эффективная мера обеспечения реализации полицейских функций, в том числе при решении задач ОРД.

Примечательно, что уже имеются судебные прецеденты отказа в возмещении ущерба в виде стоимости ремонта помещения, в котором были произведены в соответствии со ст. 15 ФЗ о полиции взлом (разрушение) запирающих устройств, элементов и конструкций, препятствующих проникновению в помещения в ходе проведения ОРМ. Аргументом для отказа послужило, в частности, то обстоятельство, что действия лиц, осуществлявших ОРД, в установленном ст. 125 УПК РФ порядке не обжалованы и незаконными не признаны³.

¹ Давыдов, С.И. Проблемы соблюдения конституционных прав граждан при разрешении типичных оперативно-розыскных ситуаций / С.И. Давыдов // Конституционно-правовые проблемы оперативно-розыскной деятельности: сб. материалов Всерос. круглого стола (3 нояб. 2011 г.) / сост. К.Б. Калиновский. СПб.: ИД «Петрополис», 2012. С. 131—138.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «О полиции» (постатейный) / Ю.Е. Аврутин, С.П. Булавин, Ю.П. Соловей и др. М., 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление ФАС Уральского округа от 08.07.2013 № Ф09-6140/13 по делу № А76-11049/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

Кроме того, следует отметить, что ФЗ о полиции помимо общепринятого в обществе «вхождения» в помещение, предусматривает и иные способы проникновения в них. Как справедливо отмечает Ю.П. Соловей, ФЗ о полиции допускает нетрадиционные формы проникновения сотрудников полиции в помещения, необходимость в которых подчас диктуется создавшейся обстановкой: через окна, стены, крышу, вентиляционные системы, с использованием специальных приспособлений, технических средств и т.п.; в этом же ряду находится проникновение, осуществляемое втайне от собственников или проживающих в жилище граждан¹. В данном случае, на наш взгляд, наиболее явно просматривается оперативно-разыскная составляющая рассматриваемого полицейского проникновения.

Принимая во внимание, что проникновение в помещение не является самоцелью, законодатель в ч. 4 ст. 15 ФЗ о полиции предусмотрел возможность проведения осмотра находящихся в помещении объектов. Содержание такого осмотра, по существу, совпадает с таким ОРМ, как обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. В ходе данного осмотра (или оперативно-разыскного обследования) устанавливается факт нахождения в данном объекте или на территории лица, подозреваемого в совершении преступления, с последующим его задержанием. В случае если проникновение осуществлялось для пресечения преступления, то после задержания лица, его совершавшего, осмотр может осуществляться в целях фиксации обстоятельств его совершения.

К сожалению, ФЗ о полиции не предусматривает документального оформления результатов осмотра в связи с чем Ю.П. Соловей предлагает оформлять процедуру осмотра актом (протоколом)². Данное обстоятельство является крайне важным, так как фактические данные, зафиксированные в указанном акте (протоколе), могут иметь доказательственное значение и быть приобщены к уголовному делу, что ранее уже подтверждал Конституционный Суд РФ³.

¹ Соловей, Ю.П. Вхождение (проникновение) сотрудников полиции в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории как мера государственного принуждения, предусмотренная Федеральным законом «О полиции» / Ю.П. Соловей // Административное право и процесс. 2012. № 3. С. 20.

² Там же. С. 23—24.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2001 г. № 61-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Комарова Алексея Борисовича на

Вместе с тем в целях оптимизации процесса доказывания по уголовному делу в ситуациях, предусмотренных п. 2, 3 ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции, А.П. Рыжаков рекомендует сотрудникам полиции (при наличии возможности выполнения в создавшейся обстановке требований УПК РФ) проникать в помещение не в порядке реализации служебных полномочий, предусмотренных указанной статьей, а в порядке проведения осмотра места происшествия или (если уголовное дело уже возбуждено) обыска¹. Данное обстоятельство, очевидно, предполагает оформление соответствующих уголовно-процессуальных протоколов. В связи с этим полагаем возможным провести аналогию с оперативно-разыскным обследованием: если оперативные сотрудники полиции проникают в жилое помещение с целью проведения указанного ОРМ, то его результаты должны быть оформлены актом, предусмотренным соответствующим приказом МВД России.

Примечательно, что ФЗ о полиции не запрещает оперативным сотрудникам полиции после проникновения оставаться в этих помещениях с целью задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления, т.е. фактически организовывать засаду. Данные действия имеют ярко выраженный оперативно-разыскной характер и при этом, на наш взгляд, полностью отвечают требованиям п. 3 ч. 3 ст. 15 ФЗ о полиции.

На заключительном, *третьем этапе* (после проникновения в помещение) сотрудники полиции обязаны выполнить требования п. 3—4 ч. 5 и ч. 6—8 ст. 15 ФЗ о полиции. В аспекте предмета нашего исследования особый интерес представляет норма полицейского законодательства, которая предписывает информировать не позднее 24 час. с момента проникновения собственника этого помещения и (или) проживающих там граждан, если такое проникновение было осуществлено в их отсутствие (ч. 6 ст. 15 ФЗ о полиции)².

нарушение его конституционных прав пунктом 18 статьи 11 Закона Российской Федерации «О милиции».

¹ См.: Рыжаков, А.П. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О полиции» / А.П. Рыжаков // СПС «Гарант».

² Как справедливо отмечают исследователи, ранее о проникновении в дом, квартиру или на земельный участок против воли проживающих в течение суток уведомлялся только прокурор, а теперь к нему добавились собственник жилища и (или) проживающие там граждане (Харламов, В.С. Криминологическая политика органов правопорядка в сфере семейных отношений / В.С. Харламов // Российский следователь. 2012. № 11. С. 32).

Очевидно, что в любом случае полицейского проникновения в жилое помещение законодатель имеет в виду открытое вхождение (проникновение) сотрудников полиции. В связи с этим полагаем, что говорить о негласном проникновении в рамках ФЗ о полиции не представляется возможным, так как длительное сохранение в тайне данного факта не допустимо. В этом случае следует применять формулировку «вхождение (проникновение) *без согласия* (или *помимо воли*, как в ФЗ о полиции) собственника помещения и (или) проживающего в нем лица». Тогда как негласное оперативно-разыскное проникновение в жилое и иное помещение однозначно предполагает осуществление его в тайне не только от собственника и проживающих там граждан, но и от остальных лиц. При этом факт такого проникновения может навсегда остаться в тайне от указанных лиц либо им станет известно о проникновении и его результатах только после возбуждения уголовного дела.

В заключение отметим, что полицейское законодательство содержит весьма прогрессивные нормы, регулирующие процедуру проникновения сотрудников полиции в помещения, транспортные средства и на территории, что отчасти позволяет решать и оперативно-разыскные задачи. Вместе с тем ФЗ о полиции определяет указанное вхождение (проникновение) в гл. 4 как применение полицией отдельных мер государственного принуждения. Тогда как оперативно-разыскное проникновение крайне редко связано с гласным, а тем более принудительным, проникновением. В подавляющем большинстве случаев такое проникновение на интересующие оперативно-разыскные органы объекты осуществляется с зашифровкой цели или вообще негласно. В связи с этим полагаем более правильным в данном случае все-таки вести речь о праве должностных лиц органов, осуществляющих ОРД, проникать на определенные территории и объекты, нуждающиеся в обеспечении принудительной силой государства.

Таким образом, оперативные сотрудники полиции имеют право входить (проникать) в жилища граждан, иные помещения, здания, сооружения, участки местности и в транспортные средства в любом случае с согласия их владельцев и проживающих там лиц.

Если предполагается, что такое согласие получить не представится возможным, оперативный сотрудник должен с соблюдением условий ФЗ об ОРД получить соответствующее судебное решение. При этом не имеет значения, в гласной или негласной форме прово-

дится такое проникновение. В случаях, не терпящих отлагательства, предусмотренных ч. 3 ст. 8 ФЗ об ОРД, оперативно-разыскное проникновение в жилище может быть осуществлено без судебного решения с последующим его получением в течение 48 час.

В свою очередь, если проникновение осуществляется в нежилые помещения граждан против их воли, а также на объекты и территории юридических лиц против воли их представителей, то оно должно быть оформлено в соответствии с Инструкцией, утвержденной приказом МВД России от 30 марта 2010 г. № 249.

При этом во всех случаях оперативно-разыскного проникновения в помещения и на территории без согласия физических и юридических лиц нормы ст. 15 ФЗ о полиции могут применяться как обеспечивающие реализацию соответствующих положений оперативно-разыскного законодательства. В то же время полагаем целесообразным специфическое право должностных лиц оперативных подразделений ОВД проникать на объекты, территории и транспортные средства, а также процедуру его реализации регламентировать в ФЗ об ОРД, так как оно имеет существенные отличия от полицейского проникновения.

§ 5. Иные права оперативных подразделений полиции, предусмотренные Федеральным законом «О полиции»

Помимо рассмотренных выше прав оперативных подразделений ОВД, предусмотренных ФЗ о полиции, полицейское законодательство содержит целый ряд иных полномочий полиции, которые могут эффективно применяться в ОРД.

Так, в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции ее сотрудникам предоставляется *право проверять документы, удостоверяющие личность граждан*, если имеются данные, дающие основания подозревать их в совершении преступления или полагать, что они находятся в розыске, а равно если имеются основания для их задержания в случаях, предусмотренных федеральным законом. Следовательно, должностное лицо оперативного подразделения ОВД как

сотрудник полиции наделен полномочием требовать и проверять документы граждан в оперативно-разыскных целях.

На основании п. 3 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции оперативные сотрудники ОВД имеют *право вызывать в полицию граждан и должностных лиц* в связи с проверкой зарегистрированных в установленном порядке заявлений и сообщений о преступлениях. Данное право является весьма актуальным, так как именно оперативные сотрудники ОВД, как правило, осуществляют доследственную проверку указанных сообщений, в рамках которой достаточно часто возникает необходимость проведения гласных ОРМ с участием граждан, имеющих отношение к проверяемым фактам.

Например, необходимость вызова может возникнуть в целях: опроса граждан, которые впоследствии могут стать потерпевшими и свидетелями; отождествления личности граждан, присутствовавших на месте совершения преступления, и т.п. В то же время следует иметь в виду, что подвергать приводу в полицию граждан и должностных лиц, уклоняющихся без уважительных причин от явки по вызову, допускается только в случаях и порядке, предусмотренных федеральным законом.

Пункт 4 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции предоставляет *право запрашивать и получать на безвозмездной основе от государственных и муниципальных органов, общественных объединений, организаций, должностных лиц и граждан сведения, справки, документы (их копии), иную необходимую информацию*. Безусловно, ФЗ об ОРД предусматривает проведение такого ОРМ, как наведение справок, однако ФЗ о полиции более детально прописывает процедуру его осуществления. В то же время необходимо отметить, что реализация указанного права возможна только при проверке «зарегистрированных в установленном порядке заявлений и сообщений о преступлениях», а также «по мотивированному запросу уполномоченных должностных лиц полиции».

В пункте 5 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции определено *право беспрепятственно по предъявлении служебного удостоверения посещать государственные и муниципальные органы, общественные объединения и организации, знакомиться с необходимыми документами и материалами, в том числе с персональными данными граждан*. Условием реализации данного права также является зарегистрированное в установленном порядке заявление или сообщение о преступлении, нуждающееся в проверке. Данное обстоятельство не-

сколько ограничивает оперативно-разыскное применение рассматриваемого права. Однако с учетом того, что ФЗ об ОРД вообще не предусматривает права оперативных сотрудников беспрепятственно посещать различные организации и учреждения, в целом указанная норма полицейского законодательства может быть оценена как весьма прогрессивная.

В соответствии с п. 7 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции, ее сотрудникам предоставляется *право требовать от граждан покинуть определенные территории* (здания, сооружения, участки местности и т.п.), если это необходимо для проведения ОРМ, а также в целях защиты жизни, здоровья и имущества граждан *не допускать их на отдельные участки местности и объекты либо обязывать оставаться на соответствующих участках местности и объектах или покинуть их*.

Кроме того, на основании ст. 16 ФЗ о полиции, по решению руководителя территориального органа, полиция имеет *право проводить оцепление (блокирование) участков местности, жилых помещений, строений и других объектов, при котором может быть ограничено или запрещено движение транспорта и пешеходов, если это необходимо для проведения ОРМ*.

В данном случае полицейское законодательство предоставляет возможность должностным лицам оперативных подразделений ОВД ограничивать свободу передвижения граждан. И если требование покинуть объект (помещение, здание, участок местности и т.п.) или право полиции не допускать на этот объект граждан не вызывает существенных юридических дискуссий, то требование полиции к гражданам оставаться в оцепленном (блокированном) объекте нуждается в дополнительных разъяснениях.

Следует отметить, что ч. 2 ст. 16 ФЗ о полиции дает право осуществлять оцепление (блокирование) при розыске лиц, совершивших побег из-под стражи, и лиц, уклоняющихся от отбывания уголовного наказания, а также при преследовании лиц, подозреваемых в совершении преступления. В части 3 ст. 16 ФЗ о полиции определено, что при оцеплении (блокировании) участков местности может быть ограничено или запрещено движение транспорта и пешеходов, если это необходимо для проведения ОРМ.

Таким образом, можно сделать вывод, что законодатель предоставляет полиции право обязывать граждан «оставаться на соответствующих участках местности и объектах» в оперативно-разыскных целях. При этом полагаем, что такое требование возлагает на граждан

обязанность подчиниться сотрудникам полиции, которые в обратном случае имеют право оставить их в зоне оцепления (блокирования) принудительно.

В связи с этим возникает обоснованный вопрос о процедуре принятия решения об оцеплении и сроках его проведения. В соответствии с ч. 2 ст. 16 ФЗ о полиции оцепление (блокирование) осуществляется «по решению руководителя территориального органа или лица, его замещающего». Так как в Законе ничего не сказано о *форме* принимаемого решения, то можно предположить, что данное решение может быть принято как в письменной, так и в устной формах.

Относительно *срока* (временного периода) оцепления (блокирования), полагаем, что он напрямую зависит от решения тех задач ОРД, ради которых такое оцепление осуществлялось. Например, если помещение блокировалось в целях розыска или выявления лица, совершившего преступление, то граждане обретают свободу передвижения вновь после того, как сотрудники полиции установят их личность, а также иные обстоятельства, имеющие значение для раскрытия преступления и задержания преступника (следы преступления на теле и одежде, похищенное имущество, очевидцев, прямо указывающих на лицо, совершившее преступление, и т.п.). К сожалению, законодатель не определяет этого в ФЗ о полиции, что представляет, на наш взгляд, законодательный пробел.

Вне всякого сомнения, граждане, чья свобода передвижения была ограничена при осуществлении полицейского оцепления (блокирования), вправе по данному факту обратиться в суд или в прокуратуру. В этом случае должностные лица оперативных подразделений полиции будут обязаны аргументированно обосновать принятие такого решения и сроки (длительность) пребывания граждан в зоне оцепления.

В соответствии с п. 34 ч. 1 ст. 13 ФЗ о полиции ей предоставляется *право привлекать граждан с их согласия к внештатному сотрудничеству*. В свою очередь приказом МВД России от 10 января 2012 г. № 8 утверждена Инструкция по организации деятельности внештатных сотрудников полиции, в которой предусмотрены некоторые оперативно-разыскные аспекты их работы.

Прежде всего отметим, что в соответствии с п. 2 Инструкции «внештатными сотрудниками полиции являются граждане, изъявившие желание оказывать помощь полиции и привлекаемые к сотрудничеству на добровольной, гласной и безвозмездной основе». Необходимо акцентировать внимание, что граждане должны добровольно изъявить

желание (проявить инициативу) быть внештатными сотрудниками оперативного подразделения, что исключает оказание на них какого-либо воздействия с целью склонения к принятию такого решения.

Кроме того, внештатное сотрудничество предполагает только гласную форму и безвозмездное оказание помощи оперативным подразделениям в решении стоящих перед ними задач.

Далее, применительно к ОРД ОВД, в п. 4 Инструкции определяется, что внештатные сотрудники полиции привлекаются к сотрудничеству по таким направлениям деятельности полиции, как: защита личности, общества и государства от противоправных посягательств; предупреждение и пресечение преступлений; розыск лиц.

Таким образом, нетрудно заметить, что помощь внештатных сотрудников может использоваться для достижения соответствующих целей ОРД (ст. 1 ФЗ об ОРД) и для решения отдельных задач ОРД (ст. 2 ФЗ об ОРД).

В то же время следует иметь в виду, что внештатный сотрудник полиции не является должностным лицом ОВД и принимает участие в деятельности полиции под непосредственным руководством сотрудника полиции, закрепленного за ним в установленном порядке (п. 6 и 7 Инструкции). В связи с этим ответственный сотрудник ОВД обязан давать внештатному сотруднику полиции конкретные поручения, инструктировать о способах их выполнения и контролировать их исполнение (п. 27 Инструкции).

Особо отметим, что ответственному сотруднику ОВД запрещается: поручать внештатному сотруднику полиции самостоятельное проведение (участие в проведении) ОРМ; привлекать его к участию в мероприятиях, заведомо связанных с риском для его жизни и здоровья; знакомить внештатного сотрудника полиции с документами, содержащими сведения, отнесенные к государственной тайне, и иную информацию ограниченного пользования (п. 28 Инструкции).

Данные запреты существенно ограничивают возможности использования помощи внештатных сотрудников полиции при решении задач ОРД, но не исключают их вовсе. Так, внештатные сотрудники оперативных подразделений могут: активно участвовать в проведении гласных ОРМ, процедура и результаты которых по объективным причинам не содержат информации ограниченного пользования; оказывать помощь в розыске всех категорий разыскиваемых лиц, если это не связано с риском для жизни и здоровья; и т.д.

Полагаем, что эффективность использования помощи внештатных сотрудников в ОРД полиции очевидна, так как, во-первых, позволяет реализовать право самих граждан на участие в борьбе с преступностью, а во-вторых, существенно расширяет возможности оперативных подразделений ОВД в решении задач ОРД.

Заключение

На современном этапе комплекс прав оперативных подразделений полиции регламентирован двумя основными законодательными актами: ФЗ об ОРД и ФЗ о полиции.

Безусловно, основной перечень этих прав и юридический базис их реализации содержится в ФЗ об ОРД. Однако ФЗ о полиции также включает ряд весьма прогрессивных норм, значительно расширяющих и дополняющих права оперативных подразделений полиции. Следует признать, что правовые положения полицейского законодательства достаточно гармонично восполняют некоторые пробелы Оперативно-разыскного закона.

Вместе с тем мы полагаем, что права органов, осуществляющих ОРД, в том числе полиции, должны быть регламентированы в ФЗ об ОРД. Более того, в оперативно-разыском законодательстве, на наш взгляд, должна быть закреплена юридическая процедура или определены основные условия их реализации.

Основываясь на результатах нашего исследования, полагаем возможным предложить следующую формулировку соответствующей статьи ФЗ об ОРД:

«Статья __. Права органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

При решении задач оперативно-розыскной деятельности органы, уполномоченные ее осуществлять, имеют право:

1. Собирать информацию о лицах, предметах и фактах посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий с соблюдением оснований и условий, установленных настоящим Федеральным законом.

2. Создавать, формировать, вести и использовать оперативные учеты и банки данных оперативно-справочной, розыскной и иной информации о лицах, предметах, фактах и применять при ее обработке и систематизации информационные технологии, а также заводить дела оперативного учета.

3. Использовать при проведении оперативно-розыскных мероприятий видео- и аудиотехнику, фотоаппаратуру, а также другие технические и специальные средства, не наносящие ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющие вреда окружающей среде. Порядок использования технических и специальных средств определяется ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Запрещается использование технических и специальных 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 оперативно-розыскной деятельности 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 юридическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, подлежат лицензированию в соответствии с законодательством Российской Федерации.

4. Входить (проникать) при проведении оперативно-розыскных мероприятий в жилище, иные помещения и на земельные участки граждан, в помещения и на территории предприятий, учреждений и организаций, независимо от их формы собственности.

Основанием для проникновения в жилище, иные помещения и на земельные участки граждан, в помещения и на территории предприятий, учреждений и организаций является наличие сведений, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, о нахождении там лиц, причастных к совершению преступления, орудий преступления, предметов и документов, имеющих значение для выявления, предупреждения, пресечения или раскрытия преступления.

В случае проникновения в жилище, иные помещения и на земельные участки граждан, в помещения и на территории предприятий, учреждений и организаций, при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее проникновение, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. Копия протокола под расписку вручается физическому лицу или представителю юридического лица, в помещения или на территорию которого осуществлялось проникновение.

Порядок проникновения в жилище, иные помещения и на земельные участки граждан, в помещения и на территории предприятий, учреждений и организаций, при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий, определяется ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

5. Производить при проведении оперативно-розыскных мероприятий захват (фактическое задержание) и доставление граждан в служебное помещение органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в помещение муниципального органа, в иное служебное помещение в целях решения вопроса о задержании в порядке, установленном уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации.

Основанием для производства захвата (фактического задержания) и доставления гражданина является наличие сведений, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, указывающих на его причастность к совершению преступления.

После доставления задержанного гражданина в служебное помещение органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о нем должны быть незамедлительно внесены в реестр лиц, подвергнутых задержанию. Должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, которое произвело при проведении оперативно-розыскного мероприятия захват (фактическое задержание) и доставление гражданина, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

Ограничение свободы передвижения гражданина, доставленного в орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, допускается на срок не более шести часов. В случае отрицательного решения вопроса о задержании в порядке, установленном уголовно-

процессуальным законодательством Российской Федерации, гражданину выдается копия протокола с указанием даты и времени его освобождения.

О произведенном захвате (фактическом задержании) и доставлении гражданина должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, обязано сообщить прокурору в письменном виде в течение 12 часов с момента фактического ограничения свободы его передвижения.

6. Производить при проведении оперативно-розыскных мероприятий личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств.

Основанием для производства личного досмотра граждан, досмотра находящихся при них вещей, а также досмотра их транспортных средств является наличие сведений, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, о нахождении у них оружия преступления, предметов и документов, имеющих значение для выявления, предупреждения, пресечения или раскрытия преступления.

Должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, которое произвело при проведении оперативно-розыскного мероприятия личный досмотр гражданина, досмотр находящихся при нем вещей, а также досмотр его транспортного средства составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. Копия протокола под расписку вручается гражданину.

7. Производить при проведении оперативно-розыскных мероприятий изъятие документов, предметов, материалов и сообщений.

Основанием для производства изъятия является наличие сведений, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, о местонахождении документов, предметов, материалов и сообщений, имеющих значение для выявления, предупреждения, пресечения или раскрытия преступления.

В случае изъятия документов, предметов, материалов и сообщений при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. Копия протокола под расписку вручается физическому лицу или представителю юридического лица, у которого произведено изъятие.

Если при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий изымаются документы, то с них изготавливаются копии, которые заверяются должностным лицом, изъявшим документы, и передаются лицу, у которого изымаются документы, о чем делается запись в протоколе. В случае, если невозможно изготовить копии или передать их одновременно с изъятием документов, указанное должностное лицо передает заверенные копии документов лицу, у которого были изъяты документы, в течение пяти дней после изъятия, о чем делается запись в протоколе.

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.

8. Прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Приостановление оказания услуг связи юридическим и физическим лицам осуществляется операторами связи на основании мотивированного решения в письменной форме одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Порядок взаимодействия операторов связи с уполномоченными государственными органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, устанавливается Правительством Российской Федерации.

В случаях, которые не терпят отлагательства, допускается прерывание услуг связи самостоятельно должностными лицами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, с последующим направлением мотивированного решения в письменной форме соответствующему оператору связи и обязательным уведомлением прокурора в течение 24 часов.

9. Устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказы-

вать содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, с сохранением по их желанию конфиденциальности.

10. Использовать в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий по устному или письменному договору служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц.

Порядок использования указанных помещений, транспортных средств и имущества определяется ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

11. 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.

Порядок использования указанных документов определяется ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

12. Создавать предприятия, учреждения, организации и подразделения, необходимые для решения задач, предусмотренных настоящим Федеральным законом.

Порядок создания, функционирования и ликвидации таких предприятий, учреждений, организаций и подразделений устанавливается законодательством Российской Федерации, Правительством Российской Федерации и ведомственными нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность».

Мы отдаем себе отчет в том, что некоторые наши выводы и умозаключения носят дискуссионный характер и могут быть подвергнуты конструктивной научной критике. В любом случае следует только приветствовать обсуждение этой крайне важной, на наш взгляд, оперативно-розыскной проблематики, которая рано или поздно, мы надеемся, найдет разрешение в нормах ФЗ об ОРД.

Научное издание
Владимир Александрович Гусев

**Права оперативных подразделений полиции:
законодательство и практика**

Компьютерная верстка *И. И. Шумилова*
Корректор *Н. П. Касьяник*

Свидетельство № 006411649 (серия 77)
о внесении в Единый государственный реестр от 21.12.04 г.
Государственный рег. № 304770001271312
Подп. в печ. 16.09.14. Гарнитура Таймс. Формат 60 x 88¹/₁₆.

Печать офсетная. Усл.-печ. лист. 8,0.

Тираж 200 экз. Заказ 000

Издательский дом Шумиловой И. И.
111141, Москва, а/я 476. Тел./факс: 8-495-368-3567. E-mail: dudas@mail.ru

Отпечатано в ГУП Академиздатцентр «Наука» РАН,
ОП «Производственно-издательский комбинат «ВИНИТИ»-«Наука»,
140014, Московская обл., г. Люберцы, Октябрьский пр-т, д. 403.
Тел./факс: 8-495-554-21-86, 8-495-554-25-97, 974-69-76.

